Über den für Voraussetzungen und Umfang der Verurteilung massgebenden Zeitpunkt nach römischem und heutigem Recht.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Herbert Franck,
Referendar.

Breslau 1907.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.

Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

§ 1.

Einleitung.

Das Wesen des Prozesses bringt es mit sich, dass der Prozess nicht in dem Moment seiner Entstehung entschieden wird. Daher muss ein Moment fixiert werden, der als Urteilsgrundlage dienen soll. Denn als Beziehung von Person zu Person oder von Person zur Sache ist das Rechtsverhältnis Veränderungen ausgesetzt, und dabei bleibt es auch während der Dauer des Prozesses. Sowohl Handlungen der Parteien als auch Ereignisse, die ausser dem Machtbereiche derselben stehen, können dem klägerischen Anspruche die Verurteilungsvoraussetzungen entziehen. Er mag zur Zeit der Prozessbegründung mit allen Bedingungen einer Kondemnation ausgestattet sein, im Laufe des Prozesses kann er ihrer verlustig gehen. Am sinnfälligsten ist das Beispiel von dem eingeklagten und nach Prozesseröffnung vor Erlass eines Urteils zurückgezahlten Darlehn. Hier ist der Anspruch zur Zeit der Prozesseröffnung begründet, zur Zeit des Urteils fehlt der Kondemnation jedoch die Basis. Oder umgekehrt: ich mache einen dinglichen oder persönlichen Anspruch im Prozesswege geltend, für den ich aber bei Prozessbegründung nicht aktiv legitimiert bin; ich klage z. B. am 15. März eine Wechselschuld ein, die erst am 1. April fällig ist, oder eine Forderung, die mir zur Zeit der Klageerhebung nicht zusteht, nachträglich aber zediert wird, oder es erhebt jemand die Besitzstörungsklage, noch ehe er eingetragener Eigentümer des

Grundstückes geworden ist. Das Rechtsverhältnis kann zur Zeit, da das Urteil gefällt werden soll, bereits ein ganz anderes Gesicht tragen als zur Zeit der Klageerhebung, so dass — bei dem oft grossen Zeitraum zwischen Beginn und Ende des Prozesses — vom Zeitpunkt des Urteils aus gesehen eine Verurteilung vielleicht unmöglich erscheint, die bei Beginn des Prozesses erwartet werden musste, und andererseits ein zur Zeit der Klageerhebung unbegründeter Anspruch zur Zeit des Urteils eine Verurteilung erzielen kann, weil die nachträglich eingetretenen Urteilsvoraussetzungen seine Begründung herbeigeführt haben.

Dies mag genügen, um zu zeigen, dass es für eine sichere Rechtssprechung ein unbedingtes Bedürfnis ist, einen Moment eventuell künstlich zu fixieren, bis zu dem der klägerische Anspruch seine Begründung erhalten oder verlieren, das Rechtsverhältnis sich frei verändern oder gestalten kann, nach dessen Eintritt aber es, allen äusseren Einflüssen entzogen, sein Gesicht nicht mehr verändern kann und sich in diesem unveränderlichen Zustande der richterlichen Entscheidung preisgeben muss.

Dieses Bedürfnis haben schon die römischen Juristen in hohem Masse empfunden und Stellung zu der Frage nach dem für die Verurteilung massgebenden Zeitpunkte genommen.

Es soll im folgenden nicht nur gezeigt werden, dass der Standpunkt des römischen und des heutigen Rechtes in dieser Frage ein verschiedener ist, sondern es soll auch versucht werden, diesen Unterschied zu begründen, und zwar vor allem aus dem Wesen der Litiscontestation des ältesten römischen Rechtes. Es soll gezeigt werden, wie das römische Recht seinen ursprünglichen, strengen und konsequenten Standpunkt aufgegeben und eine allmähliche Abbröckelung und Veränderung des starren Prinzipes erfahren hat.

Zur klaren Gegenüberstellung von altem und neuem Recht erfolgt die Behandlung nach folgenden beiden Gesichtspunkten:

1. Wie wäre der Fall zu behandeln, wenn sämtliche Verurteilungsvoraussetzungen bei der Prozessbegründung vorhanden waren, nachträglich aber solche weggefallen sind?

2. Wie wäre der Fall zu behandeln, wenn zur Zeit der Prozessbegründung Verurteilungsvoraussetzungen fehlten, solche aber vor Urteilsfällung eingetreten sind?

In einem dritten Abschnitt wird dann von dem für den Umfang der Verurteilung massgebenden Zeitpunkt die Rede sein, da er auch durch das zeitliche Auseinanderfallen von Prozessbegründung und Entscheidung seine Dimensionen verändern kann und infolgedessen die Fixierung eines Momentes, nach dem die Entscheidung über ihn erfolgen kann, erheischt.

Erster Teil.

Nachträglicher Wegfall von Klagevoraussetzungen.

§ 2.

Der ursprüngliche Standpunkt des römischen Rechts.

Betrachtet man unter diesem Gesichtspunkt den römischen Legisaktionenprozess, so findet man, wie heute unbestritten ist, den festen Standpunkt vertreten, dass ein einziger Moment für das Vorhandensein der Verurteilungsvoraussetzungen massgebend ist. Wenn sie nur alle in diesem Momente vorhanden sind, dann erwirkt dieser Umstand Kondemnation, ganz gleich, ob sie später fortfallen und den Spruch des iudex zur Wirklichkeit in Widerspruch setzen.

In den Digesten und den alten klassischen Schriftstellern finden wir dieses Prinzip mit klaren Worten nirgends ausgesprochen. Denn was die Digesten uns an Stoff für diese Frage bieten, betrifft eine viel spätere

Zeit, nämlich die des Formularprozesses. Der Umstand aber, dass in ihm die L.C. — wenigstens im allgemeinen — der massgebende Zeitpunkt ist für das Vorhandensein der Verurteilungsvoraussetzungen und ein Abweichen von diesem Standpunkt als Ausnahme zunächst angesehen wird, lässt den in seiner Folgerichtigkeit unwiderleglichen Schluss zu, dass dies Prinzip für die uns interessierende weit vor der in den Digesten in bezug genommenen liegenden Zeit nur noch strenger und konsequenter befolgt wird. — Auch die berühmte Stelle des Gajus (IV, 114) „omnia iudicia absolutoria esse debent" lässt nur einen Schluss auf die Richtigkeit des aufgestellten Prinzipes zu. Aus der Stelle des Gajus geht überzeugend hervor, dass im Formularprozess die L.C. massgebend ist für die Frage nach der Kondemnation. Wenn die Sabinianer und Prokulianer darüber streiten, ob eine Befriedigung nach der L.C., d. h. das stärkste Gift des klägerischen Anspruches, dessen vornehmste Voraussetzung, seine Existenz nämlich, damit weggefallen wäre, Freisprechung erzielen könne, so darf es keinem Zweifel unterliegen, dass in einem Prozessverfahren, das über 300 Jahre vor dieser Zeit in Geltung war, derartige Fragen noch nicht aufgerührt waren, vielmehr damals das Prinzip noch als ein unberührtes und strenges angesehen werden kann. Auch die Litteratur vertritt den Standpunkt, dass für den Sakramentsprozess nur der Moment der L.C. für das Vorhandensein der Klagvoraussetzung massgebend war, so dass ihr nachträglicher Wegfall der Kondemnation nicht hinderlich wurde.[1])

Wann aber ist die L.C. im Sakramentsprozess zustande gekommen? Das Verfahren bis zu dem uns interessierenden Momente war folgendes[2]): Der Kläger eröffnet förmlich den Rechtsstreit vor dem Prätor durch Behauptung seines persönlichen oder dinglichen Rechtes, durch solenne für

[1]) Keller, Z.P. S. 325; L.C. S. 180 ff. Savigny, Bd. VI, S. 60 f.

[2]) Karlowa, Der röm. Z.P. z. Z. des Legisaktionsverfahren, 1872, S. 69 ff. Keller, Röm. Z.P. S. 51 ff.

die Hauptfälle genau fixierte Worte (intentio) und der Beklagte widerspricht ihm durch gleich formelle Behauptung seines Rechtes. Hiermit ist der status causae et controversiae hergestellt und somit der Grund zum Sakramentum gegeben. Sind wir nun auch über die symbolische Bedeutung und das innere Wesen des ganzen Aktes heute durchaus im Klaren, so können wir doch nicht mit Bestimmtheit den äusseren Hergang feststellen, die einzelnen nun folgenden Parteihandlungen chronologisch aufbauen. Wir wissen nicht, ob die nun folgenden Worte des Klägers: te sacramento provoco nur eine Aufforderung an den Beklagten zur Eidesleistung oder schon eine eidliche Bekräftigung der eigenen Behauptung und die Antwort des Beklagten „similiter ego te“ dementsprechend nur eine Gegenaufforderung oder gleichzeitig die Eidesleistung selbst enthielt. Wir wissen nicht, ob der Beklagte vom Kläger provoziert das Sakramentum zuerst leisten musste, ja wir wissen nicht einmal, ob das Sakramentum ein Eid, d. h. eine selbständige Eidesformel gewesen sei. Warum aber sollte uns Gajus in der Stelle I 13—17, die uns lückenlos erhalten ist, ihren Wortlaut verschweigen? Auch bei keinem anderen Schriftsteller finden wir die Worte des Sakramentum angeführt.

Vielleicht oder sogar wahrscheinlich haben in ältester Zeit die Parteien ihre Behauptungen beschworen.[1]) Damit nun mit dem Eide kein Unfug getrieben werde, wurde eine Summe eingesetzt als poena temere litigantium, wie sie später bezeichnet wurde. Dadurch allmählich mag dann der Schwur überflüssig geworden und weggefallen und nur die Deposition der Wettsumme geblieben sein. Ob beide gleichzeitig deponiert haben oder einer nach dem andern und wer zuerst, ist gleichgültig, und diese Unklarheit unserem Zwecke unschädlich. Das eine steht fest, dass die der gegenseitigen Aufforderung der Parteien zur Sakramentsleistung folgende beiderseitige Deposition der Geldsumme einen sakralen Charakter trug. Und so lassen sich die

[1]) A. M. Schott, Rechtsschutz im Röm. Z.P., S. 152.

Worte te sacramento provoco für die Zeit des von Gajus beschriebenen Sakramentsprozesses dahin auslegen, dass der Kläger den Beklagten zum Sakrament aufforderte und beide nach Gegenaufforderung des Beklagten in dem Heiligtum (später nur vor dem Prätor) ihre Geldsummen deponierten. Sakramentum ist dann im Dativ und als pars pro toto gebraucht, d. h. Sakramentum heisst die deponierte Geldsumme selbst mit bezug auf ihren vorherrschend sakralen Charakter. Was dieser Deposition folgte, nämlich sowohl die Vindizienerteilung als auch der Zeugenaufruf, mit deren Bestellung die L.C. eigentlich erst beendet war — denn die Zeugen sollten vor dem iudex den Hauptakt, die Sakramentsbestellung, bezeugen — interessiert uns weniger, da mit der Deposition der Wettsumme der Moment erreicht ist, auf den einzig und allein sich die Entscheidung des iudex zu beziehen hat.

Obige Darstellung kann aber nicht den Anspruch machen, auf wissenschaftlich feststehenden und erwiesenen Tatsachen zu fundieren. Das Quellenmaterial ist zu dürftig und die Kenntnisse über die wirklichen Prozessformen im alten Rom zu gering, als dass man den geschilderten Vorgang als etwas anderes als eine Vermutung hinstellen dürfte[1]). Es ist von entscheidender Wichtigkeit für das Verständnis des einem Laien heute beinah unsinnig erscheinenden Verfahrens, welches den Grundstein bildet für das ganze Cäsurverfahren des römischen Prozesses, dass der Urteilsspruch sich nicht auf die Rechte der Parteien, sondern einzig und allein darauf bezieht, utrius sacramentum iustum utrius iniustum sit. Das ist der Kardinalpunkt, auf den nicht genügend hingewiesen werden kann.

Juristisch betrachtet erscheint nun diese dem iudex unterbreitete Urteilsgrundlage als eine Wette und diese kann nur nach dem Momente, in dem sie gemacht wird, und der hier mit der Pfänderbestellung zusammenfällt, entschieden werden. Ist es doch heut auch nicht anders

[1]) S. Bekker, Sav.-Zeitschr., Bd. 27, S. 1 ff.

bei einer Wette. Mag nach dem Abschluss derselben der ihr zugrunde liegende Tatbestand sich verändern, zurzeit, da die Wette zum Austrag kommt, ihr Gegenstand vielleicht nicht mehr existieren: der Moment, da die Wette abgeschlossen ist, bleibt der allein und einzig massgebende für die Frage, wer Sieger wird. Wird zum Gegenstand einer Wette z. B. der Inhalt eines Portemonnaies gemacht und dieser von dem einen Teile auf eine bestimmte Summe angegeben, so kann die Wette doch nur dann richtig entschieden werden, wenn die Behauptung des Wettenden auf ihre Richtigkeit dadurch geprüft wird, dass der Inhalt der Börse sofort festgestellt wird; denn der Betreffende hat den angegebenen Inhalt als im Moment des Wettabschlusses vorhanden behauptet und ist daraufhin die Wette eingegangen. Wird die Feststellung über den Inhalt also nicht sofort vorgenommen oder wenigstens der Inhalt vor Veränderung geschützt, so würde eine Entscheidung nach dem Momente des Wettabschlusses und daher im Sinne des Wettenden unmöglich sein.

Und wieviel mehr muss hier der Moment der Pfänderbestellung jeden nachträglichen Einfluss auf das streitige Recht ausschalten, wo die Parteien die Gottheit anrufen für ihr behauptetes Recht, wo das verwettete Pfand nicht dem Sieger, sondern dem Gotte anheimfällt. Eine Berücksichtigung einer nach der Pfänderbestellung eintretenden oder wegfallenden Verurteilungsvoraussetzung wäre eine Verfügung über ein fremdes göttliches Recht, würde also eine Verletzung der Gottheit bedeuten. Die Frage nach dem klägerischen Recht ordnet sich gänzlich dem Entscheide über die sakrale Wette unter, so dass selbst ein materielles Untergehen dieses klägerischen Rechtes, wie ihn die Befriedigung zeitigt, nicht hindern kann, dass über die Richtigkeit der Wettbehauptungen entschieden wird, damit die Gottheit nicht in ihrem Rechte verkürzt werde. Und solange diese religiöse Auffassung den Prozess beherrschte, solange musste das Prinzip streng eingehalten werden, solange konnte keine andere sich zugunsten des

Beklagten verschiebende Tatbestandgrundlage existieren als die im Moment der Sakramentsbestellung vorhandene.

So ergeben folgende Punkte eine naturgemässe zwingende Begründung für den schroffen Standpunkt des Legisaktionenverfahrens: einmal die Beteiligung eines Dritten am Prozesse und sein Interesse am Ausgange desselben, und zweitens die hermetische Einschliessung des klägerischen Rechtes in eine starre abstrakte Form, die jeglicher Veränderung des eingeschlossenen Anspruches unzugänglich ist. Solange eins dieser beiden Charakteristika den Prozess beherrscht, wäre ein Abweichen von dem Prinzip, dass eine nachträglich wegfallende Klagvoraussetzung eine Kondemnation nicht hindern kann, widersinnig und unnatürlich, ebenso wie ein Fortfall oder eine Veränderung eine Veränderung und Abbröckelung vom Prinzip zur Folge haben muss. Dass die Persönlichkeit des beteiligten Dritten wechselte, dass später nämlich nicht mehr das Wettpfand an die Gottheit, sondern an den Staat fiel, war für die strenge Durchführung des Prinzipes belanglos.

In dem neben dem Legisaktionenverfahren schon geltenden Sponsionenverfahren verschwindet das erste von den das Prinzip stützenden Momenten. An Stelle der Deposition der Wettsumme tritt eine Geldstipulation zwischen den Parteien, die Gottheit sowohl wie Staat aus dem Interessentenkreise ausschliesst, indem sie den obsiegenden Teil zum Empfänger der Sponsionssumme macht. Den Charakter einer religiösen feierlichen Handlung trägt somit das Verfahren nicht mehr. Da aber der klägerische Anspruch noch nicht Entscheidungsobjekt wurde und das Judicium direkt über die ihn umschliessende Sponsio erging, daher eine Formalentscheidung darstellte, muss das Prinzip seine Geltung behalten. Die Form der Urteilsgrundlage bleibt eine starre, die keine Beeinflussungen und Veränderungen verträgt.

Dies eben beschriebene Verfahren, die legis actio per condictionem[1]), so genannt nach der Denuntiation des

[1]) Karlowa, a. a. O. S. 101. Bethmann-Hollweg, Röm. Z.P., 1864, Bd. I, S. 114 f. Keller, Z.P. S. 90.

Klägers an den Beklagten, nach 30 Tagen wieder an Gerichtsstelle zu erscheinen, um die Bestellung eines Geschworenen zu gewärtigen, wurde zunächst für Klagen um certa pecunia angewendet. Diese Denuntiation war aussergerichtlich[1]) und mag daher der strengen Form entbehrt haben, so dass das gerichtliche Verfahren in einen Akt zusammenfiel: Bestellung der gegenseitigen Sponsionen und des Geschworenen. Die Sponsio unterschied sich vom Sakrament auch dadurch, dass in ihrem Abschlusse der Wert des Streitobjekts mehr zum Ausdruck kam, indem „das Sukkumbenzgeld sich als bestimmte Quote des Streitobjektes anpasste“[2]), während „man sich beim Sakramentum mit der roheren Abstufung begnügte“.

Eine weitere Entwickelung ist bei der condictio de certa re zu konstatieren, in das Legisaktionenverfahren eingeführt durch die lex calpurnia. Ob hier überhaupt eine Sponsio ergangen ist, wissen wir nicht[3]), auf jeden Fall wird ihrer von Gajus, dem einzigen und noch dazu sehr mangelhaft erhaltenen Überlieferer, nicht Erwähnung getan. Woher sollte dann aber das Judicium seine Richtung bekommen, insbesondere überhaupt seine feste Grundlage? Vielleicht ist diese in der Anweisung zu finden, die, wie auch die herrschende Meinung für möglich hält, der Prätor dem iudex am Schlusse des Verfahrens vor ihm gegeben hat und die ihm Vorschriften macht, wie er bei Aburteilung zu verfahren habe.[4]) Auch bei derartiger Gestaltung des Prozesses liegt keine Veranlassung vor, von dem Prinzip abzuweichen. Diese schriftliche Anweisung übrigens, deren Übergabe ein rein gerichtlicher Akt zwischen Prätor und

[1]) Allerdings bestritten, s. Keller, Z.P., Anm. 242.

[2]) Keller, Z.P. S. 89.

[3]) Auf jeden Fall hätte wohl die zu stipulierende Quote erst durch l. aestimatio erfolgen müssen, denn zur Leistung der res selbst konnte ja nicht verurteilt werden.

[4]) Bekker, Zeitschr. f. R.gesch., Bd. V S. 341—356, dazu Akt. Bd. I S. 89—92. Karlowa, S. 101. Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 114 f. Keller, Z.P. S. 90.

iudex war, mag wohl die älteste Form der später gesetzlich eingeführten Formula sein. Dabei ist aber die Verschiedenheit der Schriftformel im Legisaktionenverfahren und der Formel nach der Prozessreform nicht unberücksichtigt zu lassen, wie Wlassak[1]) horvorhebt, der aus diesem Grunde der von Bekker vertretenen oben angeführten Meinung nicht beipflichtet.

§ 3.

Der Formularprozess.

Es wird zu prüfen sein, ob die als Stützpunkt des Prinzips gefundenen Charakteristika, die wir als rechtliche und natürliche Grundlage unseres Prinzips darzulegen versucht haben, hier in ähnlicher oder veränderter Weise auftreten, und ob die Frage nach der Wirkung des nachträglichen Fortfalles von Verurteilungsvoraussetzungen in den Quellen prinzipiell beantwortet ist. Indess findet sich auch für den Formularprozess keine Stelle, die bestimmten Aufschluss darüber gibt. Wir dürfen uns nicht verhehlen, dass wir hier eine Lücke nur mit Vermutungen ausgefüllt sehen, eine Gewissheit aber nicht minder wie im Legisaktionenverfahren mangelt.

Wesentlich für uns ist die Veränderung, die im Formularprozess mit der Prozesseröffnung vor sich gegangen ist, die es daher notwendig macht, den Akt näher zu betrachten.

Wie dieser entscheidende Prozessakt ausgesehen hat, das wissen wir nicht. Die einzige Stelle, die eigentlichen Aufschluss geben soll, ist die berühmte Stelle bei Festus: contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii quod ordinato iudicio pars dicere solet: testes estote[2]). Diese

[1]) Wlassak, Prozessgesetze I, S. 64 ff.

[2]) Bei Besprechung des Sakramentsprozesses ist diese Stelle nicht angeführt worden, weil mit Wlassak, L.C. S. 70, angenommen wird, dass sie sich nur auf die Zeit des Formularprozesses bezieht („dicere solet", d. h. Zeugenaufruf pflegt zu erfolgen, passt nur in den Formularprozess, indem tatsächlich der Zeugenaufruf

Stelle hat einen grossen Streit hervorgerufen, Klarheit und Einigkeit sind aber bis heute noch nicht gewonnen worden. Man kennt weder die Reihenfolge der Handlungen, die die L.C. darstellen, noch den Vorgang der Handlungen selbst, geschweige denn in dieser Reihe von in iure aufeinander folgenden Handlungen den Moment, der ursprünglich den Namen L.C. trug.

Nachdem die Kellersche Auffassung[1]) von der L.C. — Aushändigung der Formel an den Kläger (iudicium acceptum)[2]) nach Anordnung des iudicium (iudicio ordinato) — über 50 Jahre gegolten hatte, ist man heute, durch die Wlassaksche Lehre[3]) darauf gebracht, darin einig, dass die L.C. ein Akt ist, in dem der Kläger den Beklagten den durch Mitwirkung der Parteien vom Prätor in der Formel festgelegten Rechtsstreit (iudicio ordinato) kommuniziert. Abgesehen von Schlossmann[4]), der den ganzen L.C.-Vorgang vor den iudex verlegt wissen will, d. h. in das Verfahren in iudicio[5]), herrscht auch darüber Einigkeit, dass diese L.C. in iure und zwar nach Aufruf der Zeugen erfolgt. Wie nun nach dem Zeugenaufruf, der nach Bekker[6]) ursprünglich die eigentliche förmliche Streitfeststellung enthielt, die Kommunikation der Formel erfolgte, darüber gehen die Meinungen auseinander. Wlassak lässt die ordinierte Formel vom Prätor dem Kläger und vom Kläger dem Beklagten geben, während nach Hölder[7]) beide Parteien sie vom

---

nebensächlich geworden sein mag. Im Sakramentsprozesse war er durchaus notwendig und formell.). A. M. Lenel, Sav.-Zeitschr. Bd. 24, S. 342.

[1]) Keller, L.C. u. Urteil, 1827, S. 54, 58. Bethmann-Hollweg, II, S. 481.

[2]) Unbestritten ist, dass iudicium accipere und litem contestari dasselbe bedeuten. D. 6, 1225; D. 21, 1231, 13, 225, 8; D. 46, 2229.

[3]) L.C. S. 23—29.

[4]) L.C. 1905.

[5]) S. dagegen Bekker, Sav.-Zeitschr. Bd. 27, S. 38.

[6]) Sav.-Zeitschr. Bd. 27, S. 1 ff.

[7]) Sav.-Zeitschr. Bd. 24, S. 197 ff.

Prätor erhielten. Nach Lenel[1]) genügt es, wenn Kläger die Formel vor- und Beklagter sie nachspricht. Schlossmann[2]) verlangt Mündlichkeit des ganzen Vorganges, da nach seiner Ansicht der Formularprozess ein rein mündlicher und ihm eine obligatorische Schriftformel fremd ist.

Ein Wissen gibt es in dieser Frage nicht und eine einheitliche Beantwortung derselben wird vielleicht erst dann möglich sein, wenn eine neue Urkunde aufgefunden wird, die uns einen unzweideutigeren Einblick in die wirklichen Vorgänge in iure gestattet.

Für die vorliegende Arbeit ist aber diese Unklarheit nicht schädlich, sicher ist, dass ein Moment der massgebende ist — und dies genügt — wir wissen eben nur nicht, welcher das ist. An diesen unbekannten Moment schliessen sich dann die Folgen der L.C. an und dieser Moment ist der für uns wichtige[3]). Soviel aber wissen wir, dass dieser Vorgang, den wir im Formularprozess mit L.C. bezeichnen, bedeutend abweicht von demjenigen, der im Sakraments-

[1]) Sav.-Zeitschr. Bd. 24 S. 336.

[2]) a. a. O. S. 122.

[3]) In der Kaiserzeit war lis contestiert, „cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit“ (C. 3. 9 cst. un.). In der kanonischen Zeit war lis contestiert per petitionem in iure propositam et responsionem factam (Gregor IX. s. Savigny, Bd. VI S. 38). 1272 sagt Durantis von der L.C. des ital. Prozesses: est principalis negotii apud competentem iudicem facta narratio et ad eam secuta sponsio (speculum iuris p. 562 § 1.) Bisher also L.C. noch zweiseitiger Akt. Bülow will (Ziv.-Arch. Bd. 62 S. 11 bis 27) die Zweiseitigkeit durch Clementina Saepe beseitigt wissen, wenn sie dem Richter befiehlt, ut necessario l. c. non postulet. Das besagt m. E. noch nichts von Aufhebung der Zweiseitigkeit. S. Sintenis (Erläut. S. 132—136) K.G.O. 1495 § 19 u. 36; K.G.O. 1607 Tit. 8 § 9. — J.R.A. (§§ 34, 38) schafft L.C. ab.

Im gem. Prozess vier Momente: Einreichung der Klageschrift; Mitteilung derselben bei Insinuierung der darauffolgenden Verfügung des Gerichts; die erste Tätigkeitsäusserung des Beklagten darauf; tatsächliche Klagebeantwortung. „Insinuation der Klage heutiges Surrogat der L.C.“ (Savigny, Bd. VI S. 243, s. dagegen Wächter, III S. 86. — Allgem. Landrecht zu der Frage: s. A.G.O. Tit. 7 § 48. — R.Z.P.O. §§ 253, 263.)

prozess den Grundsatz gezeitigt hat, dass nach Eintritt der L.C. Klagvoraussetzungen wegfallen können, ohne dass dadurch die Möglichkeit einer Kondemnation verhindert würde. Der klägerische Anspruch verschwindet nicht mehr in einer abstrakten Hülle, kein Dritter ist mehr am rechtlichen Ausgang des Prozesses beteiligt, keine Wettsumme kann mehr verloren gehen.

Trotzdem hat die L.C. des Formularprozesses eine Eigenschaft, die die Aufrechterhaltung des Prinzips zulässt, indem sie nämlich das alte Rechtsverhältnis zerstört und ein neues an seine Stelle setzt, denn das klägerische Begehren geht nicht mehr auf ein dare oportere des Beklagten, sondern verwandelt sich nach L.C. in ein Kondemnare[1]). Diese novatio necessaria, die dem klägerischen Begehren ein anderes Ziel setzt, tritt, wie der Ausdruck besagt, nicht durch eine Parteihandlung, sondern selbständig ein und macht es naturgemäss zur Pflicht, das neue Rechtsverhältnis nach dem Moment zu beurteilen, in dem es entstanden ist, nämlich nach dem Momente der L.C. Haben wir also zunächst auch keine Veranlassung, eine Abweichung vom Prinzip in dieser Veränderung der Prozessbegründung zu erblicken, so dürfen wir uns nicht verhehlen, dass die Vertragsnatur derselben dazu geeignet ist, nachträglich entstehende Einflüsse auf das Rechtsverhältnis wirken zu lassen.

Die Quellen geben keinen bestimmten Anhalt; nur lässt sich auch hier die Stelle des Gajus IV, 114 in dem schon verwendeten Sinne zugunsten der aufgestellten Ansicht anführen. Für bestimmte Klagarten jedoch ergeben sie, dass die L.C. einen Zustand schafft, der durch nachträglichen Wegfall von Klagvoraussetzungen nicht zu verändern ist. Diese Klagengruppe sind die stricti iuris iudicia[2]). In Prozessen, wo es sich um certa res handelt, war einzig und allein der Moment der L.C. massgebend. Mit ihr war

[1]) S. Keller, L.C. u. Urteil, S. 87—95.

[2]) Wächter II, S. 43 ff.

der Prozessstoff dieser strengen Klagen, wie sie Savigny nennt, gewissermassen erstarrt. Das lebende, verändernde Recht und die Vorgänge unter den Parteien, das streitige Rechtsverhältnis betreffend, hatten keinen Einfluss mehr. Fiel also nachträglich eine Klagvoraussetzung weg, ja fiel der ganze Anspruch fort durch Satisfaktio, es blieb die Kondemnation gesichert, denn sie beruhte auf der Prozesslage, wie sie sich im Augenblicke der zustande gekommenen L.C. zeigte[1]).

So ist für bestimmte Klagvoraussetzungen in den Quellen ausdrücklich ausgesprochen, dass die Frage nach ihrem Vorhandensein nur nach dem Moment der L.C. beurteilt wird. Es sind dies Verjährung und Ersitzung. Diesen beiden Instituten gegenüber hat die L.C. die Kraft, den Einfluss der Zeit auf das in ius deduzierte Rechtsverhältnis gänzlich einmal materiell, einmal formell auszuschalten, so dass die Klagvoraussetzungen, die durch Zeitablauf gefährdet sind, dem Anspruch nicht mehr geraubt werden können.[2])

Genau genommen, ist das Wort Verjährung für den hier behandelten Prozess ein Anachronismus, denn das prätorische Recht kennt noch keine Anspruchsverjährung, denn dieselbe besteht nicht in einem von der Gegenpartei geltend zu machenden Gegenrechte, sondern in einer Befristung der Klaganstellung, die das Recht von selbst erlöschen macht. Ursprünglich waren ja die actiones des römischen Zivilrechts unverjährbar, actiones perpetuae. Erst seit Theodosius II. (424 n. Chr.) griff grundsätzlich die Verjährung selbst für diejenigen actiones, die den Beinamen perpetuae behielten, durch. Danach sind alle Klagen mit einer Frist ausgestattet, bis zu deren Ablauf sie klagbar sind. Diese wird nun durch Eintritt der L.C. gewahrt, indem ihr Lauf gehemmt wird. Doch wird sie nicht perpetuiert, sondern die Kraft der in der L.C. erteilten formula erlosch

[1]) D. 5, 1; L. 23; L. 35. Keller, L.C. u. U. S. 187. Wächter, II S. 48.

[2]) D. 50, 17; L. 139; D. 27, 7; L. 8, 1; D. 12, 2; L. 9, 3.

für die iudicia imperio continentia mit Abgang des sie erteilenden Magistrates, für die iudicia legitima nach einer Frist von 18 Monaten von der Formelerteilung an laufend[1]).

Anders bei der Ersitzung. Hier führt der klägerische Anspruch doch zum Siege, auch wenn der Beklagte nach L.C. ersessen hat. Die Klagvoraussetzung der sachlichen Aktivlegitimation kann nachträglich nicht mehr fortfallen oder genauer gesagt, ihr materieller Fortfall kann dem Kläger nicht mehr schaden, denn nach römischer Auffassung[2]) tritt allerdings zivilrechtlich die Wirkung der Vollendung der usucapio ein, aber diese Wirkung kann im Urteil nicht mehr berücksichtigt werden, weil sie nach L.C. liegt (usucapio complebitur, sed frustra complebitur)[3]). Das eben Gesagte gilt auch für die Servitutenklagen, wenn die Zeit des non usus nach L.C. eintritt[4]).

Hier erwähnt sei noch eine Klagvoraussetzung, die nur im Moment der L.C. vorhanden zu sein braucht. Bei einer Bereicherungsklage braucht die Klagvoraussetzung der Bereicherung nur im Moment der L.C. vorhanden sein. Auch wenn Beklagter zur Zeit des Urteils nicht mehr bereichert ist, so wird er doch kondemniert. Materiell mag die Klagvoraussetzung weggefallen sein, formell ist für ihre Berücksichtigung in der Entscheidung der Moment der L.C. massgebend[5]).

§ 4.
Die Entwickelung.

Wenn von diesem Gebäude des im vorigen aufgestellten Prinzipes ein Stein nach dem andern abbröckelte, so lag dies nicht zum mindesten daran, dass diese Handhabung der Rechtssprechung sich wegen ihrer praktischen Unzu-

---

[1]) Gajus, IV, §§ 104, 105.

[2]) D. 6, 1; L. 18; L. 20; L. 21; L. 17, 1; L. 6, 1; D. 41, 4; L. 2, 21.

[3]) Papinian, Frag. Vat. § 12.

[4]) D. 8, 5; L. 8, 4.

[5]) D. 3, 5; L. 37 pr.; D. 4, 4; L. 34, vor allem aber D. 24. 1; L. 7.

länglichkeit und Fehlerhaftigkeit nicht aufrecht erhalten liess. Denn die Römer waren auf dem besten Wege, materielles und formelles Recht als zwei selbständige, keinem gemeinsamen inneren Zwecke dienende Rechtsinstitute zu behandeln. Der Gedanke, dass das eine die Sicherheit des andern erhalten soll, drohte zu verschwinden, der Zweck des Prozessrechtes in einem fein ausgearbeiteten Formalismus erstickt zu werden.

Wie schon angedeutet worden ist, war der Prozessbegründungsakt des Formularprozesses nicht mehr geeignet und berufen, eine starre Mauer zwischen pulsierendem Recht des verändernden Rechtslebens und Forum zu schaffen. Zumal zu der Zeit, wo der Zeugenaufruf fortfallen konnte, ist die L.C. nicht mehr ein Gerichtsakt, sondern nur eine zwischen den Parteien sich vollziehende Verabredung, die nicht den Zweck haben konnte, das materielle Recht von jetzt ab unberücksichtigt zu lassen. Die Parteien würden dem Kondemnationsbefehl sich zu unterwerfen, sich nicht bereit erklärt haben, wenn sie nicht gewärtigen dürften, dass über das Recht, das dem iudex zum Entscheid anvertraut wird, in einer das materielle Recht befriedigenden Art entschieden wird. Und tatsächlich ist auch die Denkoperation des iudex eine andere. Seine Entscheidung richtet sich nicht mehr auf schlichte Beantwortung einer Frage wie iustum an iniustum; seine Kompetenz wird erweitert. Er hat Umstände zu berücksichtigen, die die Rechtslage seit L.C. haben verändern können, zu deren Berücksichtigung der Prätor ihn zwingt, wenn er auf Antrag der Parteien Zusätze in die Formel aufnimmt wie: nisi in ea re quid dolo malo factum sit neque fiat, oder von Amts wegen bei bestimmten Klagen: ex fide bona[1]), oder bei der condictio iucerti: quidquid paret ob eam rem dare facere oportere[2]). Der Zusatz nisi

[1]) Gajus IV, 119. Vangerow I, § 115 Anm. 2. Arndts. § 102 Anm. 2.

[2]) s. a. Girard, Manuel, S. 487.

. . . factum sit würde an sich noch keine Änderung bedeuten, da es sich hier um Berücksichtigung eines vor L.C. liegenden dolus handelt. Aber der Zusatz neque fiat betrifft Umstände, die, nach L.C. eingetreten, doch der Entscheidung zugrunde gelegt werden sollen. Diese Einfügung der exceptio doli macht das Urteil für das Vorhandensein der Verurteilungsvoraussetzungen zum massgebenden Zeitpunkte, d. h. Klagvoraussetzungen müssen der exceptio doli zum Opfer fallen, also ihr Fortfall nach L.C. im Urteil berücksichtigt werden.

Ebenso aber wie der dolus berücksichtigt wurde, so musste auch die bona fides und die aequitas auf den Zeitraum zwischen L.C. und Urteil von Einfluss sein und im Entscheid durch den iudex berücksichtigt werden, was zur Folge hatte, dass das Urteil in dieser Hinsicht der für das Vorhandensein der Klagvoraussetzungen massgebende Zeitpunkt wurde. Für diese freiere Behandlung des Prozessstoffes ist wieder beweisbringend die hier schon oft benutzte Stelle des Gajus IV, 114, wonach für die Verurteilung nicht der Moment der L.C. in dem Falle massgebend sein soll, dass der Beklagte post iudicium acceptum den Kläger befriedigte. Hier zeigt sich der Gegensatz der das klassische Recht beherrschenden Schulen. Die Sabinianer wollen das ganze Gebäude einreissen, die starren Formen zerbrechen und für alle Klagen das Urteil massgebend sein lassen; die Klagvoraussetzungen, die nach L.C. wegfallen, sollen auch gegenüber der Kognition des Richters das klägerische Begehren nicht mehr stützen dürfen, sondern ihr Wegfall die Entscheidung beeinflussen. Ihr praktischer Blick erkennt die Hohlheit des überlebten Prinzipes. Die Prokulianer wollen noch eine Mauer aufrecht erhalten und wenigstens bezüglich der stricti iuris iudicia das Prinzip wahren.

Darüber waren sich beide Schulen einig, dass bei allen Klagen, die ein arbitrium de restituendo oder de exhibendo enthielten, die vor dem Endurteil erfolgende Befriedigung des Gläubigers Absolution des Beklagten zur Folge hat. Dass auch die bonae fidei actiones hierher gehören, ergibt

sich schon aus dem Inhalt ihrer intentio. Natürlich enthalten sie kein arbitrium.

Für diese Klagen finden sich in den Quellen bezüglich einzelner wesentlicher Klagvoraussetzungen unbestrittene klare Beweise, dass im wesentlichen ihr Gegenstand nach dem Momente des Urteils beurteilt wurde.

Wenn nach L.C. die Passivlegitimation wegfällt, d. h. der Beklagte zur Zeit des Urteils ohne jegliche Schuld nicht mehr besitzt, so kann der Beklagte, da die Verurteilungsvoraussetzungen weggefallen sind, nicht kondemniert werden, so für die Eigentumsklage D. 6, 1; L. 27, 1: quod si l. c. tempore possedit, cum autem res iudicatur sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor. Für die Erbschaftsklage D. 5, 3; L. 41, ebenso bei der actio ad exhibendum D. 10, 5; L. 7, 5. Bei der Pekuliumsklage konnte eine Verurteilung nur erzielt werden, wenn zur Zeit der L.C. auch wirklich noch Pekuliumsmasse vorhanden war. D. 15, 1; L. 30 pr.

Schmid[1]) erwähnt den besonderen Fall, dass jemand die Pekuliumsklage anstellt, danach ein anderer durch Anstellung des Prozesses die Pekuliumsmasse erschöpft. So sind die Voraussetzungen der Verurteilung doch noch nach dem Momente des Urteils zu bemessen, der Kläger muss also abgewiesen werden. D. 15, 1; L. 10. Hier zu erwähnen ist auch die Aufrechnung, die im Wege der exceptio doli bewirkt und berücksichtigt wurde, denn ihre Geltendmachung bedeutet auch den Fortfall einer Klagvoraussetzung. Vor allem ist es richtig, dass nun auch für strikte Klagen der Moment des Urteils der massgebende Zeitpunkt wurde wenigstens in dieser Beziehung[2]).

Stampe (S. 7 ff.), der auch die sonstige Bedeutung der exceptio doli scharf hervorhebt, zeigt vor allem, dass ihre Einfügung in die Formel das Urteil massgebend werden liess für die Verurteilungsvoraussetzungen, denn der Zweck

[1]) Arch. f. z. Pr., Bd. 30 S. 202.

[2]) D. 44, 1; L. 22 pr.; J. 4, 6, § 30. Savigny VI, S. 200 ff. Dernburg, Kompensation, § 23 ff. Fr. Leonhard, S. 75 ff.

der Aufrechnung ist ja gerade, die Höhe des geschuldeten Betrages durch Gegenüberstellung einer eigenen Forderung zu mindern. Wenn also der Kläger ohne Berücksichtigung der Gegenforderung auf den vollen Betrag seiner Forderung klagt, und der Beklagte dieserhalb die Einfügung einer exceptio doli bewirkt hatte, der Kläger nun aber nachträglich im Verfahren in iudicio, der Gegenforderung Rechnung tragend, nur die Differenz verlangte, so musste es sich fragen, ob die exceptio doli noch die Wirkung der Klageerhebung haben musste oder ihre faktische Grundlage als nicht gegeben anzusehen war, d. h. ob das neque fiat der exceptio sich auf den Zeitpunkt der L.C. oder auf den des Urteils bezieht. Die Entwickelung des Kompensationsrechtes entschied sich für die letztere Alternative.

Wie sich nun Justinian zu der Frage gestellt hat, ob nachträglicher Wegfall von Klagvoraussetzungen im Urteil zu berücksichtigen sei, geht klar aus der Stelle I, 4, 12, 2[1]) hervor. Danach schloss sich Justinian durchaus der Ansicht der Sabinianer an.

§ 5.
Das geltende Recht.

In all den Prozesstypen, in denen wir eine Zweiteilung finden, d. h. eine Trennung und Präklusion von Prozesshandlungsarten, hat ein späterer Fortfall von Klagvoraussetzungen keinen Einfluss mehr auf das Urteil.

Die Zweiteilung, in Rom auf anderen Grundsätzen und Prinzipien aufgebaut, findet sich auch im alten deutschen Prozess. Im ersten Abschnitte des Verfahrens mussten schon neben den Behauptungen, die mit dem Schlusse dieser Instanz präkludiert waren, Beweise gebracht werden; die Parteien konnten im zweiten Abschnitt weder Be-

[1]) Superest ut admoneamus, quod si ante rem iudicatam is cum quo actum est satis faciat actori, officio iudicis convenit absolvere, licet iudicii accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut damnari debeat: et hoc est quod ante vulgo dicebatur omnia iudicia absolutoria esse.

hauptungen nachholen, noch eine tatsächliche Begründung, ja nicht einmal neue Beweismittel vorbringen, sondern sie mussten den Beweis führen, wie sie ihn in erster Instanz angeboten hatten.[1])

Als durch die Einführung des römisch-kanonischen Prozesses in Deutschland das deutsche Verfahren in den Hintergrund gedrängt wurde, da das römische und das deutsche Recht nicht zusammenpassten, dem römischen Recht aber grössere Achtung gezollt wurde, so war damit nicht einfach eine Vertauschung des inländischen mit dem ausländischen Rechte erfolgt. Im Gegenteil, auch wenn die gemeinrechtlichen Juristen wohl grundsätzlich das in Italien erlernte römische Recht in Anwendung bringen wollten, so beugten sie sich doch unbewusst, wie auch im Privatrecht, dem Zwange der Zeit und den deutschrechtlichen Anschauungen und Bedürfnissen, so dass formell wohl römisches Recht angewendet, in Wirklichkeit von den römischrechtlichen Prinzipien aber mehr und mehr abgewichen wurde.

Der gemeine Prozess hat auch „eine strenge Gliederung des Ganzen in stofflich geschiedene unter dem Eventualprinzip stehende präklusivische Abschnitte".[2]) Dem ersten Abschnitt gehören im allgemeinen vier Schriftsätze an: Klage, Exceptional, Replik, Duplik. Äusserer Abschnitt ist ein Urteil oder Beweisinterlokut. Ersteres ergeht, wenn alle relevanten Tatsachen liquide sind, letzteres wenn eine oder mehrere des Beweises bedürfen.[3])

Wie sich das preussische Recht zu der Frage stellt, ob nachträglich Klagvoraussetzungen fortfallen können, ergeben folgende §§ der A.G.O. Tit. 5 § 21, Tit. 10 § 3, Tit. 12 § 19, aus denen hervorgeht, dass eigentlich fast bis zum Urteil noch Behauptungen vorgebracht werden können, dass Eventualmaxime und Zweiteilung und die durch letztere bedingte Präklusivität wegfallen. „Die Instruktion

[1]) Planck, Beweisurteil, 1848, S. 239 ff.
[2]) Wach, Handbuch, S. 132.
[3]) Wetzell, S. 974.

des Richters soll materielle Wahrheit bringen.“ Die Gesetzreformen von 1833 und 1846 haben aber wieder Verhandlungs- und Eventualmaxime eingeführt.

Auch die hannöversche Prozessordnung, im allgemeinen für das moderne Prozessrecht von grosser Bedeutung, ändert nichts an der Tatsache, dass ein Moment vor dem Urteil dem Eintritt oder Wegfall von Klagvoraussetzungen den Einfluss auf die Entscheidung entzieht: nämlich das Beweisinterlokut, dem freies mündliches Verhandeln vorausgegangen war, dem aber von der Eventualmaxime und strengem Reihenfolgezwang beherrschter Beweisantritt folgte. Eine leise Andeutung des heute geltenden Prinzipes ist in der hannöverschen Prozessgesetzgebung von 1864 zu finden, da, obwohl noch absolute Beweistrennung besteht, das Beweisurteil doch nicht mehr selbständig appellabel, der urteilende Richter nicht an seinen Inhalt gebunden ist und dieses Urteil daher nicht mehr die Bedeutung einer prozessleitenden präklusiven Beweisverfügung hat.

Der wahrhafte Ursprung unseres Systems findet sich in dem hannöverschen und preussischen Entwurf von 1859 und 1864, die unabhängig voneinander entstanden, Einheit der mündlichen Verhandlung proklamieren, allerdings mit dem Unterschiede, dass der hannöversche Entwurf in der mündlichen Verhandlung selbst Behauptung und Beweise ohne Reihenfolgezwang zulässt, am Schlusse der mündlichen Verhandlung aber eine Cäsur eintritt, die scharf Behauptungen und Beweisantretung von der Beweisaufnahme trennt, während der preussische Entwurf jede Cäsur in der mündlichen Verhandlung fallen lässt und die Eventualmaxime völlig beseitigt. Nachdem der norddeutsche Entwurf mehr dem hannöverschen Entwurf sich anschloss, hat der erste Entwurf einer deutschen R.Z.P.O. das heute geltende Prinzip aufgestellt.

Wenn die eben erwähnten Phasen des Prozessverfahrens durchweg noch eine unverkennbare Anlehnung an römisches Recht verraten, steht das heutige Recht in krassem Gegensatz zum römischen Prozess. Der Hauptgrundsatz ist der

der Einheit der mündlichen Verhandlung. Wir haben zwar auch zwei Grenzpfähle, zwischen denen für Kläger und Beklagten das Kampffeld abgesteckt ist: Klageerhebung und Urteil. Aber zwischen diesen beiden Momenten gibt es prinzipiell keine Schranke für Angriff und Verteidigung. Unser Prozess ist eine mündliche Verhandlung ohne Cäsur und Stufen. Wir kennen kein Prinzip der Reihenfolge, keine Instanz für Behauptungen geschieden von der der Beweise, keine Präklusion von Einreden und Einwendungen im Grundsatz. Wir lassen das Recht auf den Prozessstoff frei wirken und zwängen ihn nicht zu Anfang des Prozesses in eine Form, in der er hermetisch verschlossen der richterlichen Kognition als Grundlage dienen soll für die Entscheidung, vielleicht in gänzlichem Widerspruch stehend zur materiellen Rechtslage im Momente des Urteils. Abgesehen von wenigen Ausnahmen gewährt das heutige Prozessrecht allen den klägerischen Anspruch beeinflussenden Umständen freien Zugang, so dass gesagt werden muss, dass eine Verurteilung ausgeschlossen ist, wenn Umstände vorgebracht werden, welche dem klägerischen Anspruche Urteilsvoraussetzungen entziehen. Daher finden Befriedigung, Aufrechnung, Erlass, Vergleich und ähnliches Berücksichtigung bei Erlass des Urteils, vorausgesetzt, dass diese Umstände gemäss unserer Verhandlungsmaxime rechtzeitig vorgebracht sind.[1])

§ 6.

Ausnahmen vom Prinzip.

Der aufgestellte Grundsatz muss überall da Ausnahmen erleiden, wo infolge prozessualischen Ausschlusses Verteidigungsmittel des Beklagten nicht mehr berücksichtigt werden können.[2])

---

[1]) Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 137 ff. Dernburg, Pand. I, § 154; Pr. L.R., Bd. I, § 133. Förster-Eccius I, § 51, S. 262. Liebermann, S. 79.

[2]) Der der zeitlichen Präklusion unterliegenden Einreden des § 274 Z.P.O. — Prozessvoraussetzungen — Erwähnung zu tun, erübrigt die Erwägung, dass ihr berechtigtes Vorbringen eine Verhandlung in der Sache selbst ausschliesst.

Das Gericht kann nachträglich vom Beklagten vorgebrachte Verteidigungsmittel auf Antrag zurückweisen, wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreites verzögert werden würde und der Beklagte nach Überzeugung des Gerichts die Verteidigungsmittel absichtlich oder aus grober Nachlässigkeit nicht früher vorgebracht hat. § 279 Z.P.O.

Allerdings wird in diesem Falle dem Beklagten die Möglichkeit gegeben, sein Vorbringen in der Rechtsmittelinstanz, gemäss § 540 Abs. 1 Z.P.O. sogar in der Revisionsinstanz, nachzuholen, so dass der definitiven Entscheidung doch das ganze im Laufe des Prozesses erfolgte Vorbringen zugrunde liegt. Aber von dem hier erwähnten Fall abgesehen, ist der Erlass des Berufungsurteils derjenige Zeitpunkt, mit welchem den Parteien die Möglichkeit neuen tatsächlichen Vorbringens genommen wird, da dem Revisionsgericht prinzipiell nur eine Nachprüfung der Rechtsfragen, nicht dagegen eine Prüfung der tatsächlichen Feststellung obliegt. § 549 Z.P.O.

Eine fernere Ausnahme stellt § 302 Z.P.O. auf: Durch die Aufrechnung mit einer begründeten Gegenforderung hat Beklagter erwirkt, dass die Klagforderung zur Zeit der Urteilsfällung nicht oder nicht mehr ganz besteht; trotzdem erfolgt seine Verurteilung. Diese Abweichung vom Prinzip wird insofern wieder ausgeglichen, als die Verurteilung unter Vorbehalt erfolgt und dem definitiven Urteil doch die gesamte Rechtslage aus der Zeit der Fällung des Vorbehaltsurteils zugrunde gelegt wird.

Eine Präklusion des Parteivorbringens findet auch in dem vorbereitenden Verfahren in Rechnungssachen statt. Der Grund dafür ist, dass das Verfahren die Sache bis zu einem Moment fördern soll, in welchem sie zum Erlass eines Urteils oder Beweisbeschlusses reif erscheint. § 350 Z.P.O. Alles tatsächliche Vorbringen soll daher vor dem beauftragten Richter und nicht erst in mündlicher Verhandlung vor dem Prozessgericht erfolgen. Die vor dem beauftragten Richter unterbliebenen oder verweigerten Er-

klärungen können daher in der mündlichen Verhandlung nicht nachgeholt werden. Neue Ansprüche, Angriffs- und Verteidigungsmittel, Beweismittel, Beweiseinreden, die zur Zeit des vorbereitenden Verfahrens schon bestanden und der Partei bekannt waren, können nicht in der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden.

Zweiter Teil.

Wie ist der Fall zu behandeln, wenn Verurteilungsvoraussetzungen nachträglich eintreten?

§ 7.

Das römische Recht.

Für den ältesten römischen Prozess ist diese Frage durch die Ausführungen über das Wesen der L.C. im Legisaktionenverfahren schon beantwortet. Mittel, die dem klägerischen Anspruche nach dem einzig und allein massgebenden Zeitpunkt der L.C. herzugetragen zum Siege verhelfen sollten, mussten ebenso unberücksichtigt bleiben, wie dies mit ihrem Verschwinden der Fall war. Weder zu Ungunsten noch zugunsten der einen oder anderen Partei konnte eine Änderung der Entscheidungsgrundlage erfolgen.

Es entspricht durchaus dem als Wette charakterisierten Verfahren im ältesten Prozesse, dass in schärfster Weise nur auf diesen einzigen Moment zurückgegangen werden muss, dass der iudex ganz von der Gegenwart abzusehen und nur zu fragen hatte, wie stand es um den Anspruch in dem Momente, als die Wette abgeschlossen wurde. Wenn also A dem B gegenüber behauptet: te mihi decem dare oportere, so hat er unweigerlich die Wette verloren, wenn B nicht zur Zeit der Wettbehauptung wirklich dem A decem schuldete, mag er ihm nichts oder $9^1/_2$ geschuldet haben, denn eine pluspetitio wurde ebenso behandelt wie Nicht-

vorhandensein eines Anspruches — mag immerhin im Momente des Wettabschlusses die Schuld im Entstehen begriffen, am Tage nachher aber erst wirklich entstanden sein — es muss die Tatsache, dass zur Zeit der Wettbehauptung Behauptung und wirkliche Tatsachenlage nicht sich deckten, unbedingt und schonungslos zur Abweisung führen.

Dasselbe gilt auch für den Formularprozess, soweit in ihm das Prinzip befolgt wird. Der Kläger kann keine Verurteilung erzielen, wenn die Voraussetzungen der Verurteilung im Moment der L.C. nicht alle vorhanden sind.

So beherrschte den römischen Prozess noch die Auffassung, dass eine Verurteilung nicht ergehen kann, wenn der klägerische Anspruch erst nach L.C. klagbar wurde — es wird z. B. eine bedingte oder eine befristete Forderung eingeklagt. Ursprünglich konnte bei Geltendmachung einer exceptio dilatoria eine Verurteilung nicht nur nicht ergehen, sondern der Kläger musste mit der Klage derart abgewiesen werden, dass er nicht nur der Klage, sondern auch des Rechtes verlustig ging. Es musste also jeder, dem eine exceptio entgegengestellt wurde, „differre“ wie Gajus sagt. Klagt er trotzdem, remperdit = er geht des Rechtes verlustig.[1]) Erst später führten die exceptiones dilatoriae im Gegensatz zu den exceptiones peremtoriae nur zur Abweisung zur Zeit. Diese Auffassung, dass eine Verurteilung nicht erfolgt, ist in den Quellen ohne jegliche Rücksicht auf besondere Klagarten festgestellt. Für persönliche Klagen findet sich der Satz besonders ausgesprochen Dig. 5, 1; L. 35.[2])

Um nun Klagen, denen wesentliche Klagvoraussetzungen im Momente der L.C. fehlten, bei denen ein Zustandekommen der L.C. daher zwecklos erschien, den Prozess-

[1]) Gajus IV, 123.

[2]) Dig. 5. 1; L. 23; D. 39, 3; L. 14, 4; D. 10, 4; L. 7, 7. Glück, Com. VIII. S. 147—151. Wächter III. S. 120—124. Savigny VI, S. 65. Arndts (8). S. 194a. Windscheid (8) I. § 128. 2. Schmid. Arch. f. ziv. Pr. XXX, S. 206.

weg von vornherein abschneiden zu können und auch, um die Zahl der Verhandlungen vor dem iudex zu vermindern (actiones deminuere), konnte der Prätor die actio denegieren. Der Prätor prüfte nämlich nicht nur das Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen, sondern er zog auch[1]) die materiellen Klagfundamente in den Bereich seiner Kognition, und zwar prüfte er, wie Schott annimmt, auch das materielle Recht innerhalb des Rahmens der Frage: Ist die Sache verhandlungswürdig?[2])

Dass die freiere Behandlung des Prozessstoffes in der Entwickelung den nachträglichen Eintritt von Klagvoraussetzungen strenger beurteilte und ihnen bei ihrem Eintritt nach L.C. die Tore des Prozesses nicht so weit öffnete, als dies mit ihrem Fortfall der Fall war, findet seinen Grund in der verschiedenartigen Position, die Kläger und Beklagte im Prozesse einnehmen. Der Kläger ist in der günstigeren Lage. Er als Angreifer muss seine Streitmittel sammeln und nicht eher einen Angriff vornehmen, als bis er sie nicht alle bis zu einem aussichtsreichen Ganzen vereint hat. Der Beklagte dagegen kommt, wenn auch nicht gänzlich unvorbereitet, doch gezwungen in die Verteidigungslage. Es ist nur recht und billig, ihm die Benutzung von Verteidigungsmitteln und günstigen Umständen, die sich im Laufe des Prozesses bieten, zu gestatten, wogegen der Kläger für seine ungenügende Achtsamkeit, ehe er einen Prozess beginnt, nicht zu hart bestraft wird, wenn ihm nachträglich erstehende Angriffsmittel zu benutzen im allgemeinen nicht freisteht.

Gleichwohl finden sich in den Quellen Stellen, die von der Berücksichtigung nachträglich eintretender Verurteilungsvoraussetzungen zeugen. So genügte es, wenn bei arbiträren Klagen, deren eine Verurteilungsbedingung der Sachbesitz

[1]) Und zwar war dies seine Pflicht, wie die Verbalformen des denegare beweisen: deneganda est (D. 47, 8; L. 1; D. 47, 6; L. 2 pr.) und denegare debet actio (D. 3, 3; L. 8, 3; D. 27, 2; L. 1, 3; D. 39, 1; L. 7; D. 24. 3; L. 22, 3).

[2]) s. Schott, Gew. d. Rechtsschutzes, S. 24—32.

des Beklagten war, dieser Umstand im Momente des Urteils vorhanden war. Ihr Mangel im Momente der L.C. hatte nicht Abweisung zur Folge.[1])

So tritt auch Kondemnation ein, wenn man von seinem Beauftragten von ihm einzuziehendes Geld klageweise fordert, das er zur Zeit der L.C. noch gar nicht eingezogen hatte, aber zur Zeit des Urteils in seinen Besitz gekommen ist.[2])

§ 8.

Geschichtliche Entwickelung und Grundsatz des modernen Rechts.

Wir sahen, dass in Rom zufolge des Wesens der Prozessbegründung für eine nachträgliche Veränderung der Prozesslage allzuviel Spielraum nicht gegeben war, und dass bis weit hinein in die klassische Zeit den römischen Prozess der Grundsatz beherrschte, dass Klagvoraussetzungen, nachträglich eintretend, keine Berücksichtigung fanden.

Die Entwickelung dieser Frage hängt eng zusammen mit der jeweiligen Form und der Bedeutung der Prozesseröffnung. Dieselbe erfolgte sehr bald nicht mehr durch mündlichen Vortrag, sondern durch Einreichung einer Klageschrift, durch deren Einführung dem nachherigen tatsächlichen Vorbringen verschiedene Berücksichtigung geschenkt wurde, je nachdem die Erfordernisse für diesen Schriftsatz grosse oder geringe waren in bezug auf Vollständigkeit der Klagetatsachenangaben, je nachdem in der Entwickelung der Prozess das Schriftlich- oder Mündlichkeitsprinzip bevorzugte und je nachdem ein Abgehen von dem einmal in der Klage vorgebrachten, ein Abgehen vom Klagegrunde, d. h. Klageänderung oder Verbesserung der Klage war oder nicht und im engsten Anschluss daran der Begriff

[1]) Dernburg I. § 207. Wächter II. S. 17 ff. Vangerow I. § 140. Für die Eigentumsklage D. 6, 1; 27, 1. Für die Erbschaftsklage D. 5, 3; L. 4; L. 16 pr.; L. 18, 1; L. 41.

[2]) D. 17, 1; L. 17; D. 38, 1; L. 37, 6; D. 16, 3; L. 1, 21. Keller, S. 185. Buchka I. S. 198. Bethmann-Hollweg II. S. 516.

„Klagegrund", dessen zweifach auffassbarer Inhalt schon dem römischen Recht bekannt war (causa proxima — causa remota)[1]), weiter oder enger gefasst wurde.

Der gemeine Prozess in seiner strengen Gliederung des Ganzen in stofflich geschiedene, unter dem Eventualprinzip stehenden präklusivischen Abschnitte verweist den Kläger streng auf den speziell angeführten Klagegrund, den er immer und überall gleich im Libell vortragen muss, und gestattet ihm keine Änderung dieses Vortrages, die den Charakter der Klage ändern könnte, selbst nicht eine Veränderung und Vervollständigung der Klagetatsachen, soweit dadurch die Verteidigung des Beklagten abweichen musste von der, die er gegen die Anfangs gestellte Klage wirklich geführt hatte[2]). Die allgemeine Gerichtsordnung schiebt dem tatsächlichen Vorbringen der Parteien keine Riegel vor, wenn auch ein willkürliches Vorbringen von nachträglich eingetretenen Klagvoraussetzungen prinzipiell nicht Berücksichtigung fand.

Das moderne Prozessrecht hat prinzipiell den entgegengesetzten Standpunkt. Nach ihm genügt es, wenn die Gesamtheit der Bedingungen für das Durchdringen des klägerischen Anspruches im Momente des Urteils vorhanden ist. Das Urteil allein ist der Zeitpunkt, nach welchem der Richter seine Entscheidung richtet, denn es gibt keine prozessuale Vorschrift, die für das Vorbringen von materiellen Klagetatsachen einen vor dem Urteil liegenden Zeitpunkt oder Prozessakt massgebend sein liesse. Es entspricht dies auch nur dem Prinzip der Einheit der mündlichen Verhandlungen, dass der ganze Prozess, und dauere er auch noch solange, als eine einzige fortlaufende Verhandlung aufgefasst wird, in der es keine Cäsur und keine Einteilung in Abschnitte gibt, infolgedessen auch nicht eine Einteilung der Behauptungen in solche, die bis zu einem bestimmten Moment, und solche, die später vorgebracht

[1]) S. darüber Wetzell, S. 582 ff., 585, 955.

[2]) Bayer, Z.Pr., S. 226. S. a. litterar. Übers. der Entwickl. d. Frage bei Wetzell, S. 956, Anm. 58.

werden können. In § 278 Z.P.O. spricht das Gesetz diesen Grundsatz mit klaren Worten aus. Wann die der Behauptung zugrunde liegende Tatsache eingetreten ist, ist dabei gleichgültig. Weder für die erste noch für die zweite Instanz erleidet das Prinzip eine Ausnahme, und weder für die erste noch für die zweite Instanz sind zeitliche Präklusionen für irgendwelche Angriffs- oder Verteidigungsmittel gesetzlich geschaffen (§§ 278, 529 Z.P.O.).

Aber nicht nur alle Arten von Verteidigungsmitteln können noch nachträglich vorgebracht werden, es können rechtsbegründende und rechtsvernichtende Tatsachen wirksam nachträglich eintreten, ja sogar Umstände, die die Geltendmachung des Anspruches erst enthalten, so können nicht fällige, im Laufe des Prozesses fällig werdende Ansprüche[1]), ebenso von einer Bedingung abhängig gemachte Ansprüche eingeklagt werden, deren Bedingung erst im Laufe des Prozesses eintritt[2]). Diesen Fällen wird vom Reichsgericht gleichgestellt und nach ihnen beurteilt der Fall, dass der Erwerb des Titels für die Anfechtung zum Schutze der Zwangsvollstreckung auch nach Eintritt der Rechtshängigkeit noch im Urteil berücksichtigt wird[3]). So genügt es auch für die Feststellungsklage, für deren Geltendmachung das alsbaldige Interesse an der Feststellung Verurteilungsvoraussetzung ist, wenn dieses Interesse bis zum Momente des Urteils eingetreten ist[4]). Es gilt also prinzipiell und ausnahmslos der Satz[5]), dass kein

---

[1]) Hellwig, S. 349. R.G. Bd. 1, 426; 57, 46. R.G.Rsp. Bd. 2, S. 29.

[2]) R.G. Bd. 8, S. 415. Seuf. Arch. Bd. 15, No. 48. Gruchot, Bd. 31, S. 1050. Jur. Wochenschr. 97, S. 229. S. a. Gaupp-Stein u. d. dort ang. Literatur. And. M. Hellwig, S. 349.

[3]) R.G. Bd. 41, S. 87. Gruchot, Bd. 41, S. 684 f. Jur. Wochenschrift 98, S. 480.

[4]) Gaupp-Stein zu § 256. IV 2a. R.G. Gruchot, Bd. 39, 1139. Hellwig, S. 349, S. 433.

[5]) Endemann, Bürgerl. R. I, S. 524 f., 525 Anm. 15. Hellwig, S. 136 ff. Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 76. Windscheid, I, § 128, No. 6. Dernburg, Pr. Priv.-R. I, § 133. Förster-Eccius, Pr. Priv.-R. I, § 51. Motive I, S. 364. R.G. 19, S. 412.

Moment vor dem Urteil für das Vorhandensein irgendwelcher Verurteilungsvoraussetzungen massgebend ist, sondern allein das Urteil, das auf die letzte Tatsachenverhandlung hin ergeht.

§ 9.

Der Einfluss des Verbots der Klageänderung.

Eine von der bisher behandelten prinzipiellen Frage ganz verschiedene ist es, ob aus bestimmten gesetzlichen Gründen nachträglich eintretende Voraussetzungen noch zulässigerweise in den Prozess eingeführt werden können oder ob in dem schwebenden Rechtsstreit auf Grund prozessualer Vorschriften für ihr Vorbringen weder früher noch später während des Prozesses Raum ist. Wenn bei Beantwortung dieser Frage Resultate erbracht werden, die im Gegensatz zum Prinzip zu stehen scheinen, so sind diese Resultate keineswegs als Ausnahmen vom Prinzip zu betrachten, denn es handelt sich hier nicht um Fixierung eines bestimmten Zeitpunktes vor dem Urteil, sondern nur darum, die Gründe zu erörtern, aus denen gewisse Behauptungen und Einführungen bestimmter Klagvoraussetzungen in diesem Prozesse nicht zu dulden sind. Diese näher zu betrachtenden Verbote bilden aber nun keineswegs, wie schon gesagt, eine Ausnahme von dem im vorigen Abschnitt aufgestellten Prinzip, denn die durch die Verbote betroffenen Tatsachen bleiben in dem anhängigen Prozess unberücksichtigt, nicht weil für ihren Eintritt ein anderer Zeitpunkt als der des Urteils massgebend wäre, sondern weil aus Vorschriften der Prozessgesetze ihr Eintritt in den anhängigen Prozess überhaupt unzulässig und daher die Partei verhindert ist, sie in diesem Prozess vorzubringen.

Diese Präklusion ergibt sich aus dem Verbot der Klageänderung und aus dem Verbot des Eintritts des Rechtsnachfolgers in den Prozess; von letzterem wird im folgenden Abschnitt zu reden sein. — Kläger kann die Basis seines anhängig gemachten Anspruches nur soweit verändern durch

Nachbringen neuer Tatsachen — sei es, dass sie nur nachträglich vorgebracht, sei es, dass sie erst nachträglich eingetreten sind — als ihn nicht der Vorwurf trifft, dass in der Veränderung, die er mit der ursprünglich zugestellten Klageschrift vornimmt, eine Änderung des Klageanspruches liegt.

In § 253 No. 2 werden als Erfordernisse der Klageschrift aufgestellt „die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruches", sowie ein „bestimmter Antrag".

Das wichtigste Requisit einer formgerechten Klage ist der Antrag; er enthält ihren eigentlichen Kern, er gibt der Klage ihren Zweck, in ihm gipfeln sämtliche Behauptungen der Partei, mögen sie rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Er enthält das eigentliche Klagbegehren. Eine Klage ohne Antrag ist wie ein Urteil ohne Tenor. Jede Änderung des Antrages wäre daher an und für sich Anstellung einer neuen Klage. Grundsätzlich ist daher jede Änderung des Antrages verboten.

Von diesem Satze lässt das Gesetz aber zwei Ausnahmen zu, wenn es in § 268 No. 2 Z.P.O. bestimmt, dass der Antrag in der Hauptsache oder in bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt werden kann, und in No. 3, dass statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert werden kann.

Es ist also keine Klageänderung, wenn bei einer Klage aus einem Darlehen von 1000 ℳ der Klageantrag, der anfangs auf 500 ℳ lautete, um die anderen 500 ℳ erweitert wird. Oder der Zinsfuss wird erhöht oder nicht geforderte Zinsen werden nachträglich gefordert. Ebenso sind natürlich quantitative Beschränkungen zulässig.

Qualitative Veränderungen werden meist die Forderung eines aliud bedeuten. Diese ist aber nur zulässig, wenn infolge einer später eingetretenen Veränderung der ursprüngliche Klageantrag dem Kläger nichts mehr nützt und sein Anspruch nur durch ein aliud befriedigt werden kann. Diese Veränderung darf aber erst nachträglich eingetreten sein;

sie darf zur Zeit der Klagerhebung noch nicht bestanden haben oder wenigstens dem Kläger nicht bekannt gewesen sein[1]), d. h. für ihn muss die Möglichkeit ausgeschlossen gewesen sein, in der ursprünglichen Klage diese Veränderung der äusseren Umstände zu berücksichtigen. Es kommt also nicht darauf an, wann die Veränderung eingetreten ist, sondern nur darauf, wann Kläger von dieser Veränderung Kenntnis erhalten hat, ob vor oder nach Klagerhebung. — Diese Antragsänderungen sind natürlich auch nur unter der Beschränkung zulässig, als nicht durch sie der Klagegrund geändert wird.

Den Gegensatz zum Antrag bilden die tatsächlichen und die rechtlichen Anführungen, welche den Klageantrag rechtfertigen sollen. Zunächst die rechtlichen Anführungen. Während das Gesetz, wie wir sahen, in der Klageschrift einen bestimmten Klageantrag verlangt, fehlt jegliche gesetzliche Vorschrift darüber, dass rechtliche Behauptungen in die Klageschrift aufgenommen werden müssten. Die Notwendigkeit, wie in Rom, die Klage auch rechtlich zu individualisieren, besteht für die Klageschrift der Z.P.O. nicht. Die Angabe eines rechtlichen Gesichtspunktes gehört also nicht zum Klagegrunde, es kann daher eine Klageschrift nicht deswegen als ungesetzlich bezeichnet werden, weil rechtliche Anführungen fehlen. Ihre Ergänzung und Berichtigung[2]) kann daher nie eine Änderung des Klagegrundes bedeuten und die Fassung des § 268 erscheint nach dieser Richtung nicht verständlich. Die Einbegreifung der rechtlichen Ausführungen in dieser Vorschrift kann nur so Berechtigung finden, dass man dabei den Fall ins Auge fasst, dass der Anspruch anfänglich auf einen bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt gestützt wird — er braucht nicht

[1]) So hat das Reichsgericht extensiv interpretiert: R.G. 26, 387; 39, 428. Jur. Wochenschr. 92, 310; 98, 125; 99, 178. Vergl. Seuffert zu § 268, Anm. 4.

[2]) Es ist prinzipiell eine Vertauschung auch zuzulassen: s. das Fischer'sche Beispiel. Problem d. Id., S. 41. Gruchot 34, 724. Jur. Wochenschr. 93, S. 945; 98, S. 389. Schmidt, Klageänderung, S. 222.

angeführt worden zu sein — durch nachträglich vorgebrachte neue Tatsachenanführungen aber klar hervorgeht, dass jetzt der Anspruch auf einen ganz anderen rechtlichen Gesichtspunkt gestützt wird, an den bei der ursprünglichen Klaganstellung überhaupt nicht gedacht werden konnte. Diese nachträglichen Momente würden zum Siege helfen, können aber keine Berücksichtigung finden, da sie ausserhalb des rechtlichen Gesichtspunktes liegen, auf den ursprünglich die Klage gestützt war. Hier würde eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes dem Verbot der Klageänderung unterliegen, aber nur aus dem Grunde, weil neue Tatsachen vorgebracht sind. Nur für diesen Fall kann daher die jetzige Fassung des § 268 als zweckentsprechend zugegeben werden.

Bleiben noch als Bestandteil der Klage die tatsächlichen Anführungen. Ihre Ergänzung und Berichtigung sieht das Gesetz nicht als Klageänderung an, falls nicht der Klagegrund geändert ist. „Ergänzung“ und „Berichtigung“ besagen, genau genommen, dasselbe; wenn man sie auch nicht miteinander vertauschen kann, so hätte es doch genügt, hier den Ausdruck Berichtigung zu wählen, denn in diesem Begriff geht die Ergänzung glatt auf. Eine Berichtigung kann sein entweder eine Neuanführung unter Wegfall einer früheren Behauptung oder nur eine Neuanführung, ohne dass von dem bereits vorhandenen Klagfundament etwas weggenommen oder geändert worden ist; der letztere Fall der Berichtigung ist der der Ergänzung; es würde also genügen, wenn es hiesse „Berichtigung tatsächlicher Anführungen“. Diese Berichtigungen sind also keine Klageänderung, soweit sie nicht Umstände berühren, die zum Klagegrunde gehören. Wenn wir vorher festgestellt haben, dass zum Klagegrunde keine rechtlichen Anführungen gehören, nach § 253 No. 2 aber die Klageschrift die bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruches enthalten soll, so kann dieser Grund des erhobenen Anspruches nur in tatsächlichen Anführungen bestehen. Nur Tatsachenangaben gehören zum Klagegrunde und nur um

die grössere oder geringere Genauigkeit ihrer Angaben kann es sich handeln bei dem Gegensatz von Individualisierung[1]) und Substantiierung[2]). Die Anhänger der Individualisierung (diejenige Theorie, die legetata zweifellos anzunehmen ist) fassen aber den Begriff des Klagegrundes zu weit, wenn sie in demselben auch Anführungen rechtlicher Art verlangen, denn zur Individualisierung eines Anspruches gehört nur eine kurze Zusammenfassung des Tatsächlichen[3]).

Das hier Gesagte gilt auch für die Sachlegitimation. Die Begriffe Aktiv- und Passivlegitimation fallen, in ihrem weitesten Sinne gebraucht, überhaupt mit dem Begründetsein des Anspruches zusammen, sind identisch mit der Fassung: Recht gerade dieses Klägers, Pflicht gerade dieses Beklagten. Daher wird die Änderung ihrer Begründung aus denselben Gründen zulässig sein, aus denen überhaupt eine Änderung des tatsächlichen Vorbringens möglich ist. Diese Begründung braucht daher auch nur in tatsächlicher, nicht in rechtlicher Hinsicht zu erfolgen, man ist selbst nicht gehindert, überhaupt erst nachträglich eine rechtliche Begründung zu bringen oder sie ganz wegzulassen; in ihrer Veränderung kann nie eine unzulässige Klageänderung gefunden und daher Kläger nicht mit ihrem Vorbringen in diesem Prozesse präkludiert werden. Es klagt z. B. jemand auf Bezahlung von gelieferten Waren; Beklagter behauptet, den Kläger nicht zu kennen. Jetzt erst bringt Kläger die Tatsache vor, dass Verkäufer ihm die Kaufpreisforderung

[1]) Wach, Vorträge, S. 19 ff. Wach, Gruchot Bd. 3, S. 1. Petersen, Z. f. Z.P., Bd. 3, S. 385 ff. Gruchot, Bd. 28, S. 665 ff. Schmidt, Klageänd., S. 148 ff. Engelmann, Dtsch. Z.P. 1901, S. 224.

[2]) Gaupp-Stein, § 253, III, 3. Wilmowsky-Lewy, § 230, Anm. 5. Struckmann-Koch, § 230. Rümelin, Ziv.-Arch., Bd. 88, S. 148. v. Liebermann, a. a. O., S. 90. Förster, Anm. 3 zu § 230. Dernburg, Pr. Priv.-R., S. 271. R.G.E. Bd. 11, S. 242; Bd. 10, S. 434. Gruchot, Bd. 26, S. 839; Bd. 31, S. 719. Mot. z. Entw. eines B.G.B. I, S. 364.

[3]) Fischer, Ziv.-Arch., Bd. 70, S. 340. Fischer, Probl. d. Id. u. Neuheit, S. 39.

zediert hat. Es liegt hierin keine Klageänderung. Der Anspruch bleibt genau derselbe, nur die Begründung der Sachlegitimation ist berichtigt worden.

Wenn bisher der Ausdruck „Klageänderung“ gebraucht wurde, so ist damit immer nur gemeint: Änderung dieser Klage. Denn besteht die Änderung darin, dass ich einen Anspruch geltend mache, der gar nichts mit dem Klageanspruch selbst zu tun hat, so ist dies keine Änderung dieser Klage, sondern die Neuerhebung eines anderen Anspruches. Klage ich z. B. aus einem Kaufvertrage, weil § 1 desselben verletzt ist, auf Schadenersatz und erhöhe im Laufe dieses Prozesses den Klageanspruch um 2000 ℳ, weil mir auch ein Schaden aus § 2 des Vertrages entstanden ist, ohne dass dadurch die ursprüngliche Klage berührt würde, so liegt keine Klageänderung vor, andrerseits fällt der Fall auch nicht unter No. 2 des § 268 Z.P.O. Es ist einfach die Geltendmachung eines ganz neuen Anspruches und das Gericht wird den Kläger mit seinem neuen Anspruch in einen neuen Prozess verweisen, wenn nicht die Gleichartigkeit der Verhandlungen eine Vereinigung zweckdienlicher erscheinen lässt.

Klageänderung kann immer nur dann vorliegen, wenn das bereits Vorgebrachte durch neues Vorbringen tatsächlich direkt oder indirekt geändert wird. Lässt das Neuvorbringen das alte gänzlich unberührt, so gilt das oben Gesagte und der Kläger kann nicht wegen Klageänderung mit dem Neuvorbringen präkludiert werden.

Unzulässige Klageänderung ist also nur dann vorhanden, wenn durch Neueinführung von Tatsachen ein absolut anderer Anspruch an Stelle des in der Klageschrift geltend gemachten erscheint. Für dieses Vorbringen als einer Veränderung des Anspruches ist in der mündlichen Verhandlung kein Raum; da aber über dieses nicht zum Prozessstoff gehörige Material gar nicht entschieden wird, dasselbe also auch nicht an der Rechtskraft teilnimmt, so steht dem Kläger nichts im Wege, dieses hier unzulässige Vorbringen für einen neuen Prozess zu verwerten und

damit neu zu klagen. Wird aber an dem früher Vorgebrachten geändert, so neigt die Praxis doch heute dahin, den Begriff der unzulässigen Klageänderung möglichst eng zu fassen, möglichst alle, auch den Klagegrund verändernden nachträglich vorgebrachten Behauptungen zu berücksichtigen, wenn nur die rechtliche Grundlage — von deren Beschaffenheit in der Klageschrift nichts erwähnt zu sein braucht — gewahrt bleibt; wird diese allerdings verändert, so muss das Verbot der Klageänderung durchgreifen und der diese Änderung enthaltenden Behauptung der Einfluss auf den Ausgang des Prozesses versagt werden.

Wenn also auf ein zur Zeit der Rechtshängigkeit völlig begründetes Begehren spätere Umstände einwirken, so wird weder die Einführung der betreffenden Tatsachen noch die entsprechende Änderung des Antrages eine verbotene Klagänderung enthalten. Nur dann wird die Frage der Klagänderung eine Rolle spielen, wenn das Begehren zur Zeit der Rechtshängigkeit noch nicht begründet war, aber durch spätere Ereignisse begründet wird. Aber auch dann wird die Einführung dieser späteren Fakta keine Klagänderung sein, wenn die rechtliche Grundlage nicht neu wird.

Zusammenfassend kommen wir also zu dem Resultat:

1. Änderung des Antrages ist Klageänderung
   Ausnahme:
   a) rein quantitative Erweiterung oder Beschränkung ohne Änderung des Klagegrundes,
   b) Forderung des aliud, bedingt durch nachträglichen Eintritt von verändernden Umständen ohne Änderung des Klagegrundes.
2. Änderungen und Berichtigungen von Tatsachen sind keine Klageänderung und zulässig
   Ausnahme: Änderung der zum Klagegrunde gehörigen (d. h. der zur Individualisierung des Klageanspruchs erforderlichen) Tatsachenangaben.
3. Änderung der rechtlichen Anführungen immer zulässig und (da nicht zum Klagegrunde gehörig) nie Klageänderung bedeutend

Ausnahme: Änderung des ursprünglich in bezug genommenen rechtlichen Gesichtspunktes durch Neuanführung von Tatsachen, die auf ganz neuer rechtlicher Grundlage basieren.

§ 10.
Verbot des Eintritts des Rechtsnachfolgers.

Wir kommen hier noch einmal auf die Sachlegitimation zurück. Wie der Klagegrund der Z.P.O. ein dem Prozessrecht zugehöriger Begriff ist, so ist auch der der Sachlegitimation, wie er im folgenden im Gegensatz zu dem bisher verwendeten gleichlautenden Ausdruck gebraucht werden wird, nur im prozessualen Sinne zu verstehen.

Ein Wechsel der Sachlegitimation ist nicht zulässig im Prinzip. Es würde der Natur des Prozessverhältnisses als Beziehung von Person zu Person widersprechen, wenn ein andrer den Prozess weiterführen dürfte als der, mit dem gesetzmässig Klage erhoben ist, da dieser Neueintritt fast immer auf die dem Prozess zugrunde liegende Rechtslage verändernd wirken wird.

Selbstverständlich entbehrt der Neueintritt einer Person, die weder zu einer der Parteien noch zu dem Streitgegenstand irgendwelche den Eintritt in den Prozess rechtfertigende rechtliche Beziehung hat, jeglicher Berechtigung, so dass dieser Fall des Prozesssubjektswechsels als stets unzulässig und unmöglich von vornherein auszuschalten ist.

Im Gegensatz hierzu kann auch von vornherein von der Betrachtung der Fall der Erbfolge im Prozess eliminiert werden. Denn die Nachfolge des Erben in das Klagrecht ist eine natürliche vom Gesetz als selbstverständlich betrachtete, da der Erbe nach Annahme der Erbschaft nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, den Prozess weiter zu führen. Beim Erbfall muss sich der Beklagte also bedingungslos den Wechsel des Prozesssubjektes gefallen lassen.

Von Interesse für uns ist aber die Frage, ob der Rechtsnachfolger, d. h. derjenige, der durch Rechtsgeschäft unter Lebenden den Klaganspruch erworben hat (z. B. der Käufer oder Zessionar), in den Prozess eintreten darf, ob ein derartiger Rollentausch zulässig zu erachten ist. Diese Frage ist für unser modernes Recht überhaupt erst von Bedeutung geworden, da dasselbe nicht mehr die Unveräusserlichkeit der res litigiosa kennt: es entspricht durchaus unseren wirtschaftlichen Bedürfnissen, dass Sachen und Ansprüche, wegen deren ein Prozess geführt wird, für die Veräusserung und Abtretung vollkommen frei sind (§ 265 Abs. 1 Z.P.O.). Will aber der Zessionar oder der Neuerwerber auf klägerischer Seite in den vom Zedenten oder Veräusserer geführten Prozess an seine Stelle treten, so kann dies nur mit Genehmigung der Gegenpartei erfolgen (§ 265 Abs. 2). Daraus ergibt sich das prinzipielle Verbot des Subjektwechsels. Eine Ausnahme stellt das Gesetz nur auf für Rechtsstreite über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtes, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstück ruhen soll; denn in solchen Fällen bedarf es zur Übernahme des Rechtsstreits durch den Rechtsnachfolger keiner Genehmigung, er ist ex lege berechtigt und auf Antrag des Gegners sogar verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen (§ 266 Abs. 1 Z.P.O.).

Abgesehen von dieser Ausnahme aber ist der Eintritt des Rechtsnachfolgers prinzipiell verboten, so dass oft der prozessual Sachlegitimierte nicht derjenige ist, dem materiell der Anspruch zusteht. Hier zeigt sich klar der Unterschied zwischen materieller und prozessualer Sachlegitimation. Der veräussernde Kläger begibt sich materiell seiner Sachlegitimation, prozessual bleibt sie ihm erhalten: „Die Veräusserung und Abtretung hat auf den Prozess keinen Einfluss“ (§ 265 Abs. 2 Satz 1). Das Erlöschen des materiellen Rechtes hat nicht die Lösung der formellen Bande, die die Klagerhebung zwischen ihm und dem Beklagten geknüpft

hat, zur Folge. Der materiell Sachlegitimierte dagegen ist ausgeschlossen von diesem Prozess. Er kann mit dem materiellen Recht nicht zugleich die prozessuale Legitimation erwerben, denn über diese kann der Zedent nicht allein verfügen; ihr Erwerb ist an den Willen der Gegenpartei gebunden. Darin zeigt es sich, dass wir noch sehr wohl ein Prozessrechtsverhältnis kennen, das abhängig von einem materiellen Recht entsteht, aber dann seine Existenzberechtigung in sich tragend, fortdauern kann. — Jedoch beschränkt sich die Vorschrift: „Veräusserung und Abtretung haben auf den Prozess keinen Einfluss", nur auf den Lauf des Prozesses, nicht auf die Entscheidung. Und hier hindert nichts, die wahre Sachlage zu berücksichtigen, wie dies in der Praxis heut auch allgemein geschieht[1]). Ändert nämlich der Kläger, der an den C abgetreten hat, seinen Antrag dahin, den Beklagten zu verurteilen an den C zu zahlen, so steht nichts im Wege[2]), diesem Antrage gemäss in der Sache selbst Recht zu schaffen. Zu dieser Antragsänderung kann allerdings Kläger nicht gezwungen werden. Ändert Kläger, nachdem er vom Gericht auf Grund des Einwandes des Beklagten, dem Kläger mangele die Sachlegitimation, dazu angeregt worden ist — und das Gericht wird dies nach § 139 Z.P.O. zu tun haben —, seinen Antrag nicht, so muss die Klage abgewiesen werden, denn auf Grund unserer Verhandlungsmaxime ist das Gericht nicht befugt, einer Partei, geschweige denn einem Dritten

[1]) Siehe hierzu: Eccius, Pr. Priv.-R., 7. Aufl., Bd. 1, § 99, S. 671 ff., bes. S. 675. Dernburg, Pr. Priv.-R., Bd. 2, 5. Aufl., § 83. Anm. 18, S. 199. Dernburg, B.R., Bd. 2, Abt. I. § 136, S. 308. Rehbein, B.G.B., Bd. 2, Bem. 8 zu §§ 398—413, S. 385. Hellwig, Rechtskraft, S. 159, No. 28, 171, Lf. I, 347. Vor allem aber R.G. 56, 307. Jur. Wochenschr. 05, 27. Wach, Gruch. Bd. 30, S. 789. And. M. R.G. Bd. 40, 342.

[2]) Beklagter kann gegen diese Antragsänderung nichts einwenden, da ja Kläger im übrigen Prozesspartei bleibt — z. B. vom Kläger zu erstattende Kosten er nicht von C, sondern vom Kläger zu beanspruchen hat. Er wird durch die Antragsänderung in keiner Weise gefährdet oder gar geschädigt.

etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Kläger aber wird im höchsteigenen Interesse die Antragsänderung vornehmen, denn er hat den Anspruch des Zessionars aus der Zession zu befürchten, da, wenn der Zedent abgewiesen ist, das rechtskräftige Urteil auch gegen den Zessionar wirkt und einer Neuanstellung des Prozesses seinerseits mit Recht die exceptio rei iudicatae entgegengesetzt werden würde (§ 325 Z.P.O.).

Besonderes gilt für die Fälle, wo der Rechtsnachfolger das streitige Recht unabhänging vom Kläger originär während des Prozesses erworben hat. Hier entzieht zunächst schon das Gesetz dem Kläger, auch für die Fälle der in § 266 Abs. 1 angegebenen Grundstücksstreitigkeiten (§ 266 Abs. 2 Z.P.O.), die prozessuale Sachlegitimation, d. h. der Kläger ist zur weiteren Geltendmachung des Anspruches nicht mehr befugt (§ 265 Abs. 3). Der Dritte ist aber gar nicht in der Lage, einzutreten, denn er erwirbt die Legitimation für diesen Prozess auf keinen Fall. Auch kann das Gericht sein materielles Recht, obwohl es vielleicht begründet ist, nicht berücksichtigen. Das Urteil kann immer nur auf Abweisung der Klage lauten, nur negativ Recht schaffen, positiv dem materiell Sachlegitimierten kann es nicht zu seinem Recht verhelfen. Doch ist dieser dadurch nicht schutzlos; denn er kann einen neuen Prozess anstellen. Dieser neuen Klage kann auch die exceptio rei iudicatae nicht entgegen gehalten werden, da das den Kläger abweisende Urteil gegen ihn nicht wirksam ist (§ 325 Abs. 2 Z.P.O.).

Ebenso aber wie der Eintritt des Rechtsnachfolgers in den Prozess prinzipiell verboten ist, ebenso unzulässig ist es, dass einer von mehreren Gleichberechtigten für einen von ihnen, der Klage erhoben hat, eintritt. Schuldet z. B. B dem A und dem C als Gesamtgläubigern 1000 ℳ und hat A geklagt, so kann C jetzt nicht den Prozess an Stelle des A weiterführen, auch wenn es sich im Grunde um genau denselben Anspruch handelt. Er wird als Streit-

genosse[1]) des A neben demselben zuzulassen sein, aber A kann nicht mehr aus dem Prozess heraus. B kann ein berechtigtes Interesse (vielleicht betreffs der Kosten: A ist vermögend, C arm) haben, gegen A weiter zu prozessieren; der Eintritt von C kann für ihn gleichgültig sein und ist daher zuzulassen, ein Tausch aber wäre unzulässig.

Ähnlich wie bei einem Gesamtgläubigerverhältnis liegt der Fall bei einem Vertrage zugunsten eines Dritten. Auch hier sind mehrere materiell sachlegitimiert. Schliesst A mit B einen Vertrag, inhaltsdessen B dem C 1000 ℳ zu geben sich verpflichtet, so sind A und C berechtigt, die Leistung zu fordern, A allerdings nur mit dem Antrage „an C zu zahlen". Ein Tausch dieser beiden Sachlegitimierten untereinander in einem von A angestellten Prozesse wäre aber wegen der Natur des Prozesses als eines Formalverhältnisses unzulässig. Hier hindert aber den C nichts, neu zu klagen, wenn A abgewiesen ist, denn die Rechtskraft dieser Entscheidung ergreift nicht das selbständige Klagerecht des C.

Auch im Güterrecht finden sich Fälle, wo beide Ehegatten jeder auf Grund eigenen Rechtes dieselbe Leistung zu fordern berechtigt ist. Trotzdem wäre ein Wechsel der Personen im Prozesse nicht statthaft. Führt z. B. die Frau über ein in die Ehe eingebrachtes Gut zur Zeit der Eheschliessung einen Rechtsstreit (§ 1407 B.G.B.), so kann der Mann nicht ohne weiteres den Prozess im eigenen Namen weiterführen. Ebenso kann die Frau nicht in einen Prozess, den der Mann im Interesse des eingebrachten Gutes begonnen hat, eintreten und denselben an Stelle des Mannes weiterführen, auch wenn der Mann seine Zustimmung erteilt hat. Ein derartiger Rollentausch muss im Interesse der Gegenpartei inhibiert werden. — Etwas anderes ist es, wenn die Frau im Interesse des Eingebrachten einen

[1]) Eine notwendige Streitgenossenschaft kann in all diesen Fällen nicht vorliegen. Siehe Lux, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft, S. 41 u. 58.

Prozess begonnen hat ohne die nach § 1400 B.G.B. zur Führung des Prozesses erforderliche Zustimmung des Mannes. Man wird ihr deshalb die Aktivlegimation nicht absprechen und den nachträglichen Eintritt dieser Klagvoraussetzung berücksichtigen. Gaupp-Stein nimmt sogar an, dass es genüge, wenn die Zustimmung des Mannes noch in zweiter Instanz erfolgt, selbst gegen den Willen des Beklagten. Es ist dies allerdings ein Mangel; aber, wie bei Fälligkeit und Bedingung so ist auch hier die Heilung des Mangel nachträglich möglich und es kann keine Abweisung deswegen erfolgen. Hatte der Beklagte lediglich wegen dieses Mangels bestritten und wird nach erfolgter Genehmigung die Sache durch sein Anerkenntnis erledigt, so vermeidet er auf jeden Fall die Kosten. — Nur der Fall des § 1450 könnte eine Ausnahme bilden und einen Personenwechsel als zulässig erscheinen lassen. Ist der Mann durch Krankheit oder durch Abwesenheit verhindert, einen sich auf das Gesamtgut beziehenden Rechtsstreit zu führen, so kann die Frau im eigenen Namen oder im Namen des Mannes den Rechtsstreit führen. Fällt dann während des Prozesses der Hinderungsgrund fort, so wäre in dem Falle, dass die Frau im Namen des Mannes prozessiert hat, nichts dagegen einzuwenden, dass jetzt der Mann den Rechtsstreit weiterführt, denn eigentlich war die Frau ja weiter nichts als seine Vertreterin.

Die Erörterungen der letzten beiden Paragraphen enthalten keineswegs, wie dies auch schon gesagt worden ist, Ausnahmen von dem Prinzip, dass für das nachträgliche Vorbringen von Verurteilungsvoraussetzungen nur der Moment des Urteils massgebend ist. Denn soweit durch das Verbot der Klageänderung und des Eintritts des Rechtsnachfolgers gewisse Veränderungen der Sachlage unzulässig sind, erfolgt diese Präklusion nur deswegen, weil überhaupt in keinem Moment des ganzen Prozesses für ein derartiges Vorbringen oder eine derartige Veränderung in

diesem Prozesse Raum ist. Sie gehören überhaupt nicht in den durch die Parteibehauptungen gezogenen Rahmen des Prozesses; für ihr Vorbringen ist nicht etwa der Moment der Klagerhebung massgebend und ihre Präklusion erfolgt nicht wegen verspäteten Vorbringens, sondern sie können überhaupt, als nicht in den Rahmen des vorhandenen Prozessstoffes passend, nicht vorgetragen werden und müssen daher unberücksichtigt bleiben. Das Prinzip aber hat mit diesen Präklusionen nichts zu tun. Sie haben hier nur Erwähnung gefunden, weil gezeigt werden sollte: wie frei das Gesetz Umständen, die zum Prozessstoff gehören, den Zutritt zum Prozess und die Einwirkung auf die Entscheidung gestattet, ebenso streng verbieten diese Prozessgesetze Elementen, die dem Prozessstoff fremd sind, ihren Einfluss auf das Urteil. Dabei bleibt aber der Zeitpunkt ihres Vorbringens gänzlich unberücksichtigt. Sie sind immer zu präkludieren.

Dritter Teil.

Der Umfang der Verurteilung.

§ 11.

Das römische Recht.

Die Frage nach dem Umfange der Verurteilung, der ebenso wie die Voraussetzungen in der Zeit zwischen Prozesseröffnung und Entscheidung Veränderungen erfahren kann, ist für den ursprünglichen römischen Prozess leicht zu beantworten. Derselbe ergibt sich aus der Wettsumme selbst, sei es, dass dieselbe in Geld oder in Vieh, wie wohl in ältester Zeit, bestanden hat und bestimmt sich nach dem Momente der Pfänderbestellung, zur Zeit der Stipulationen nach dem Momente des Abschlusses derselben.

Diese über die Wettsumme ergehende Entscheidung, die niemals eine Kondemnation oder Absolution enthielt,

zog aber die Entscheidung in der Hauptsache insofern nach sich, als die Leistung des Verurteilten durch ein nachträgliches Liquidationsverfahren in Geld umgewertet und festgesetzt wurde. Als Moment dieser Schätzung der Leistung kommen in Betracht die Pfänderbestellung im Hauptverfahren und die Vornahme der Schätzung selbst. Obgleich spezielle Nachrichten gänzlich fehlen, nach welchem Momente der Wert der Leistung beurteilt wurde, so ist doch mit ziemlicher Sicherheit die Pfänderbestellung als dieser massgebende Moment anzusehen. Denn wie die Frage des iustum an iniustum auf diesen Moment gestellt wurde, so ist auch anzunehmen, dass die Bewertung des von dieser Entscheidung abhängig gemachten Anspruches auch auf diesen Moment fixiert wurde. Auch konnten bei dem zeitlichen Auseinanderliegen des Haupt- und Nachverfahrens Veränderungen des Streitgegenstandes ein Zurückgehen auf die Klagetatsachen und ein nochmaliges Durchprüfen des Prozessstoffes erforderlich machen.[1])

Auch im Formularprozess finden wir das Prinzip, dass nur zu Geld kondemniert wurde; nur erfolgte die Schätzung nicht in einem besonderen Nachverfahren, sondern entsprang der Amtstätigkeit des iudex. Der Kondemnationsbefehl des Prätors mochte welche Leistung auch immer seitens des zu Verurteilenden aussprechen, die condemnatio des iudex konnte immer und in jedem Falle nur in Geld geschehen.[2]) Dem iudex war mehr oder weniger bestimmt aufgegeben, die Höhe der Summe zu bestimmen. Grundsatz war für ihn auch hier: der Umfang der Verurteilung bestimmt sich nach dem Momente der litis contestatio. Dieser Grundsatz war am leichtesten und konsequentesten durchzuführen um certa pecunia, weil sich hier eine Schätzung durch den Anspruch selbst erübrigte. Schwieriger war die Schätzung bei Klagen, die einen unbestimmten Wert hatten (condemnatio incertae pecuniae). Entweder hatte

[1]) S. auch Bethmann-Hollweg, Bd. II, S. 623, S. 227. Girard, a. a. O., S. 487.

[2]) Gajus IV, §§ 48, 52.

hier der iudex ganz freie Hand (condemnatio infinita) wie bei der rei vindicatio oder seine Schätzung war an eine Maximalgrenze gebunden. In diesen letzteren Fällen war die Aufrechterhaltung des Prinzipes, den Wert nach dem Momente der L.C. zu bemessen, undurchführbar. Der iudex musste immer mehr darauf bedacht sein, den nachteiligen Einfluss der Prozessdauer auf den Umfang der Verurteilung zu verhüten und eine derartige Schätzung vorzunehmen, wurde ihm in der Entwickelung des römischen Prozessrechtes dadurch ermöglicht und zur Pflicht gemacht, dass in die Formel Zusätze, auf die unten noch näher eingegangen werden wird, aufgenommen, dass die bona fides berücksichtigt und der wirtschaftliche Begriff der omnis causa eingeführt werden.

Grundsatz aber ist es zunächst, dass die L.C. dieser Zeitpunkt ist, nach dem sich die estimatio richtet. Die L.C. ist aber auch der Zeitpunkt, der bei stricti iuris iudiciis für den Wert der Sache massgebend ist. Diese kann z. B. einen Marktpreis haben und dieser während des Prozesses fallen, welcher Augenblick soll nun den Wert bestimmen, der nun zu restituieren ist. Paulus und Gajus[1]) beantworten die Frage einstimmig dahin, dass, wenn zwischen den Parteien nichts anderes ausgemacht ist, die L.C. massgebend ist für den Wert. Ebenso wäre auch der Fall der nachträglichen Preiserhöhung zu behandeln.

Der Umfang der Verurteilung bemisst sich nach dem Umfange der Haftung, für die man einzustehen hat. Die Frage nach dem für den Umfang der Verurteilung massgebenden Zeitpunkt hält mit der anderen Frage zusammen, welcher Zeitpunkt für die Entstehung oder Verschärfung der Haftung massgebend ist. Die Momente, die abgesehen von der L.C. eine Haftung entstehen lassen oder verschärfen können, sind im Falle des Unterganges oder der Verschlechterung: dolus, culpa, mora, mala fides.

---

[1]) D. 12, 1; L. 22; D. 13, 3; L. 4.

Für dolus haftet man immer[1]), die L.C. bringt hier keine Veränderung. Redlicher wie unredlicher Besitzer sind gleich haftbar. Massgebend wird aber die L.C. für die Zurechnung der culpa, denn nach iudicium acceptum haftet jeder, auch der redliche Besitzer, für jegliche culpa.

Veränderungen der Streitsache können aber auch zufällig erfolgen. Für Zufall haftet man aber vom Verzuge an.[2]) In den Digesten finden sich nun Stellen, wo mit der L.C. die Verpflichtung für zufälligen Untergang eintritt.[3]) Trotzdem darf man nicht sagen, die Haftung für Zufall sei durch die L.C. und nicht durch den Verzug bedingt: die mora ist der massgebende Zeitpunkt und nicht die L.C. — Beweis dafür ist, dass Pomponius an einer Stelle die mora (quam per te factum erit quominus id mihi dares D. 12, 1; L. 5), in einer anderen Stelle (iudicii accipiendi tempore D. 16, 3; L. 12, 3) die L.C. massgebend sein lässt für die Haftung für Zufall. Es ist daher zu sagen: für Zufall haftet man mit Eintritt der mora; ist sie bis zur L.C. nicht eingetreten, so haftet man nach L.C. für Zufall, nur aber, wenn man schlechtgläubig und auch da nur, wenn man nicht nachweisen kann, dass der Zufall auch den Herrn getroffen hätte.[4])

Neben Veränderungen, wie Untergang und Verschlechterung, sind hier zu behandeln die Früchte der Sache.

1. Fructus naturales. Die in Streit befangene Sklavin gebiert, das Tier bekommt Junge, das Grundstück gibt seine Naturalerträgnisse. Von wann an gebühren diese fructus dem siegenden Kläger oder umgekehrt, wann beginnt die Haftung des Beklagten und wie weit erstreckt sie sich?

---

[1]) D. 6, 1; L. 33; L. 36, 1; L. 51; vor allem L. 45.

[2]) D. 45; L. 82, 1; L. 23; D. 12, 1; L. 5.

[3]) D. 42, 1; L. 8 (Tod eines Sklaven); D. 16, 3; L. 12, 3 (Untergang der deponierten Sache); D. 42, 2; L. 5 (Anerkenntnis vor Gericht führt zur Verurteilung trotz zufälligen Untergangs).

[4]) D. 3, 5; L. 40; L. 16, 3; L. 12, 3. Buchka I, S. 200 ff.

Der allgemeine Satz lautet in den Quellen: der siegreiche Kläger hat zu bekommen quod habiturus foret, si eo tempore quo iudicium accipiebatur restitutum . . . fuisset (Gajus)[1]). Der Beklagte muss danach nicht nur Früchte, sondern überhaupt omnem causam (s. Papinian D. 22, 1; L. 2) herausgeben, beziehentlich ersetzen[2]). D. 6, 1; L. 17, 1 finden wir Beispiele dafür, was zur omnis causa gehört, z. B. Sklavenkinder, die nach L.C. geboren werden. Erbschaften, die dem in Streit befangenen Sklaven nach L.C. zufallen; die aus einem Grundstücke gewonnenen Pachtzinsen; Früchte, die honeste percipi potuerint. Zu den Früchten gehört auch eine alluvio, nicht aber gehören zur omnis causa die Zinsen[3]).

Mit dem Begriff omnis causa allein lässt sich aber nichts anfangen, die Höhe der Herausgabepflicht ist vor allem von zwei Momenten abhängig, vom Eintritt des bösen Glaubens und vom Momente der zustande gekommenen L.C. (es kommt hinzu noch, wie wir sehen werden, das Moment des Besitzes).

Die L.C. kommt insofern in Betracht, als von ihr ab der bösgläubige Besitzer nicht nur die Früchte, die er gezogen hat oder hätte ziehen können, sondern auch die Früchte zu ersetzen hat, die der Eigentümer hätte ziehen können. Savigny führt zwar mehrere Stellen an[4]), aus denen hervorgehe, dass auch nach L.C. der bösgläubige Besitzer nur die Früchte zu ersetzen habe, wegen deren Vernachlässigung ihn Vorwurf treffe. Anderer Ansicht sind Dernburg[5]) und Wächter[6]). Dernburg erklärt die von

---

[1]) D. 50, 16; L. 35; D. 6, 1; L. 20; D. 12, 1; L. 31 pr. Siehe auch D. 4, 17; L. 2, 3; D. 21, 1; L. 25, 8.

[2]) D. 6, 1; L. 33; L. 34; L. 62. Arndts (8), S. 167. Regelsberger, S. 691. Dernburg I, §§ 154, 226. Windscheid, Actio, S. 63. Buchka I, S. 221—239.

[3]) Wächter II, S. 54; III, S. 106.

[4]) Bd. VI, S. 111; D. 5, 3; L. 25, 4; C. 3, 32; L. 5.

[5]) Bd. I, S. 532.

[6]) Heft III, S. 133.

Savigny angeführten Stellen dahin, dass in diesen Fällen der Kläger auch nicht mehr Gewinn aus der Sache hätte ziehen können. Auch wir sind der Ansicht, dass die Person des Klägers massgebend ist für den Umfang dessen, was die Sache bringen konnte. Diese Auffassung harmoniert absolut mit der sonstigen Haftung des bösgläubigen Besitzers[1][2]).

Für die Haftung des bösgläubigen Besitzers, obgleich nicht hierher gehörig, sei hier noch erwähnt, dass für den Umfang der Verurteilung schon der Beginn seines Besitzes massgebend ist, wenn er den Besitz durch Delikt erlangte, worauf noch zurückgekommen wird.

Was nun den redlichen Besitzer anlangt, so hat die L.C. auf ihn die Wirkung, dass seine Haftung erweitert wird. Die Quellen drücken das meist so aus, dass die bona fides in mala fides verwandelt werde. Dies kann aber zu Irrtümern führen. Nur was die Haftung anlangt, gleicht jetzt der gutgläubige Besitzer dem m. f. possessor und zwar auch nur dem m. f. possessor vor L.C. Er haftet nicht für Zufall, nicht für Früchte, die der Eigentümer hätte ziehen können, sondern nur für fructus percepti und die honeste percipiendi potuerint. Ihn mit dem m. f. possessor auf eine Stufe zu stellen, wäre auch ungerecht, denn einem wahrhaft Gutgläubigen kann die L.C. nicht gleich den Glauben an sein gutes Recht rauben, höchstens erschüttern[3]).

Es erübrigt, noch die Stellen anzuführen, die die Bestätigung des Satzes enthalten, dass der gutgläubige Be-

[1]) S. auch Vangerow I, § 333. II l. c. Windscheid I. § 124, Anm. 6.

[2]) D. 6, 1; L. 62, 1; C. 8, 4; L. 4. Wächter I, S. 68.

[3]) Was unter fructus percipiendi zu verstehen ist, darüber hier zu handeln, würde aus dem Rahmen der Betrachtung fallen. Es genügt zu sagen, dass manche darunter die Früchte verstehen, die der Eigentümer, andere die der Beklagte hätte ziehen können, dass zu unterscheiden sei, zwischen Eigentums- und Erbschaftsklage. Es genügt wohl darauf hinzuweisen, dass im allgemeinen das in Ansatz zu bringen sei, was ein guter Hausvater gewinnen könnte. Buchka I, S. 243. Savigny VI, S. 113. D. 4. 6; L. 2.

sitzer von L.C. an hafte, wie bösgläubiger Besitzer vor der L.C. D. 5, 3; L. 25, 7: post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, und D. 5, 3; L. 20, 11: ex quo quis scit a se peti . . . incipit esse malae fidei possessor . . . si scit puto . . . debere . . . coepit enim malae fidei possessor esse. Es ist schon oben gesagt, wie diese Stellen zu verstehen sind. Der sich besonders an die letzte Stelle anschliessende Streit dreht sich darum, ob nicht schon durch einfachen Prozessbeginn die Wirkungen der erweiterten Haftung eintreten in jedem Fall, nicht nur in dem Fall der D. 5, 3; L. 20, 11, denn für die Erbschaftsklage muss allerdings zugestanden werden, dass die Mitteilung an den Beklagten schon massgebend sei für den Umfang der Verurteilung, da mit ihrer Bewirkung die Erweiterung der Haftung vor sich geht. Für alle Klagen will dies ausdehnen Arndts S. 167 und die dort angegebene Literatur, ebenso Wächter[1]), ebenso Buchka[2]). Ich meine, dass einzig und allein die L.C. der massgebende Zeitpunkt bleibt und dass wir es bei der Stelle D. 5, 3; L. 20, 11 nur mit einer Ausnahme oder Inkonsequenz zu tun haben[3]).

2. fructus civiles. Wir beschäftigen uns mit Zinsen auch nur soweit, als ein Zeitpunkt innerhalb des Prozesses für ihr Entstehen massgebend ist. Es gehören also nicht hierher die Zinsen, die durch Verzug oder durch Vertrag entstehen. Wahre Prozesszinsen finden wir nur für bonae fidei iudicia vorgeschrieben[4]). D. 22, 1; L. 34. — Die folgende L. 34: „litis contestata usurae currunt“ kann uns leider nicht als Beleg dienen für das Prozesszinsenprinzip, denn sie wird allgemein kommentiert usurae currere pergunt[5]); also die Zinsen, von denen hier gesprochen wird, waren Vertrags- oder Verzugszinsen. Ob bei den strikten

[1]) III, S. 109.

[2]) II, S. 69—95.

[3]) Savigny VI, S. 84. 85. Vangerow I, S. 260. Regelsberger, S. 691. Seufferts Archiv XV, 4.

[4]) Savigny VI, S. 140 ff. Dernburg I, S. 382, Anm. 19.

[5]) Savigny VI, S. 142. D. 46, 2; L. 18.

Klagen Prozesszinsen gefordert werden durften, ist strittig und zu bezweifeln[1]). Fest steht nur, dass bei der condictio certi (C. 4, 5, 1) ausdrücklich Prozesszinsen verworfen sind. Von wann an die Zinsen zu zahlen sind, darüber findet sich in den Digesten keine Stelle. Da sie aber als Art gesetzlicher Früchte zu betrachten sind, so wird ihre Erstattungspflicht mit dem Momente der L.C. anzusetzen sein. Für die Höhe der Zinsen ist natürlich erst der Moment des Urteils massgebend und ohne klägerischen Antrag konnte der Beklagte zu ihrer Leistung nicht verurteilt werden.

§ 12.

Die Weiterentwickelung.

Die Weiterentwickelung gründet sich auch hier auf die Aufnahme von Zusätzen in die Formel, die sehr bald bewirken, dass für die bonae fidei actiones der für die Schätzungszeit massgebende Zeitpunkt das Urteil wurde. Hauptbeleg dafür ist die Stelle bei Ulpian D. 13, 6; L. 3, 2: In hac actione (actio commodati) ut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae tempus quanti ea res sit, observatur, quamvis in strictis litis contestationis tempus spectetur. Sowie hier die Worte lauten quanti ea res sit werden sie wohl kaum in einer Formel vorgekommen sein, denn das hiesse die L.C. wieder zu dem für den Umfang massgebenden Zeitpunkt machen. In der Regel lauten sie: quanti ea res erit, nämlich für die freien Klagen wie actio commodati, depositi und ad exhibendum.

Erwähnt seien hier die Klagen aus der lex Aquilia. Hier lautet der Zusatz für die Umfangsbestimmung: quanti ea res fuit, die massgebenden Stellen sind D. 9, 2; L. 2 pr. und L. 27, 5. Bei den Klagen aus der lex Aquilia bestimmte sich also der Wert des Sklaven nach dem grössten Werte, den er im letzten Jahre gehabt hatte, während für Sachen soviel zu restituieren war, als sie in den letzten

[1]) Savigny VI, S. 147, Anm. p.

30 Tagen wert gewesen waren. Erwähnt sei auch die Stelle D. 12, 3; L. 9, durch die wir an dem Beispiel der actio furti sehen, dass für Deliktsklagen bei der Schätzung der Sache der Moment massgebend war, in dem das Delikt begangen wurde.

Bei den freien Klagen bemisst sich prinzipiell, wie wir oben sahen, der Wert der Sache nach dem Zeitpunkte des Urteils. Fallen oder Steigen des Preises nach L.C. wird im Urteil berücksichtigt.

Aber auch bei der Verurteilung zu anderen Leistungen, für deren vollständige Bewirkung die finanziellen Kräfte des Schuldners nicht reichen, ist der Moment des Urteils massgebend, wenn wir in der Formel den Zusatz finden: quantum reus facere potest[1]).

Der Schuldner kann dann nicht zu mehr kondemniert werden, als sein Vermögen zur Zeit des Urteils betrug[2]). Auf Schulden wird allerdings keine Rücksicht genommen[3]). Sie können seine Verpflichtung zur Zahlung nicht beeinflussen. D. 39, 5; L. 12.

Von der von Ulpian aufgestellten Regel sind aber zwei Ausnahmen in den Quellen zu konstatieren. D. 12, 1; L. 22: vinum quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est: quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur. Sabinus respondit si dictum esset quo tempore redderetur quanti tunc fuisset, si dictum non esset quanti tunc fuisset cum petitum esset. Also: ist eine Erfüllungszeit ausgemacht, so ist bei strikten Klagen nicht die L.C., sondern der Zeitpunkt, in dem erfüllt werden sollte, massgebend[4]). Es sei hierbei die dieser Stelle vorangehende L. 3 erwähnt, in der die Literatur[5]) einen

[1]) D. 24, 3; L. 15 pr.; L. 53.

[2]) D. 17, 2; L. 63, 6; L. 19 pr. 1. Keller, S. 194. Vangerow I, § 174. Schmid, S. 202.

[3]) D. 42, 1; L. 16.

[4]) D. 13. 3; L. 4.

[5]) Wächter II, S. 56, Anm. 25. Savigny VI. S. 223 ff. Vangerow I, § 160, S. 255.

Widerspruch gegen die oben aufgestellte Regel erblickt, weil es da heisst: condemnationis tempus spectandum esse für die Forderung aus einer condictio triticaria als einer strengen Klage, indem das condemnationis tempus mit „Zeitpunkt des Urteils“ übersetzt wird. Es erscheint mir aber ganz klar, dass condemnatio als pars pro toto für L.C. gebraucht worden ist, denn einen Teil der übergebenen Formel stellte die condemnatio dar. Für Urteil wird jedoch meist in den Quellen tempus rei iudicandae gebraucht.

Die zweite Ausnahme von der Regel ist die, dass der Umfang der Verurteilung nach der Wahl des Gläubigers abhängig ist vom Eintritt der mora oder dem Zeitpunkt, den unsere Regel angibt, d. h. für b. f. iudicia das Urteil, für strikte Klagen die L.C. Nur wer mit der condictio furtiva gegen den Dieb klagt, soll der Schätzung den Moment des höchsten Wertes der ganzen Zwischenzeit zugrunde legen dürfen.[1]) Buchka I, S. 189 ff., will dagegen den Schuldner im Verzuge in solchem Umfange verurteilen wie den Dieb, d. h. für die Verurteilung soll der Moment massgebend sein, in dem die Sache den höchsten Wert erreicht hat. Beide führen für ihre Ansicht dieselben Stellen an. D. 17, 1; L. 37; D. 19, 1; L. 3, 3; L. 21, 3. Mir scheint aber Savignys Ansicht die richtige zu sein. Wo bliebe die Steigerung? Der Gegner des Säumigen ist genügend befriedigt, wenn er die Wahl hat zwischen dem Werte zu Beginn der mora und dem Werte der Sache zur Zeit der L.C. bei strengen Klagen, zur Zeit der Verurteilung bei freien Klagen.[2])

Wir sahen aus der Betrachtung, dass durchweg das Urteil massgebend wird für den Umfang und wenn auch bei stricti iuris iudicia zunächst die L.C. massgebend blieb, so konnte doch in die Formel ein Zusatz aufgenommen werden, so war doch im Grunde für die Verurteilung der Moment des Urteils massgebend. Das zeigt

[1]) Savigny VI, S. 209.

[2]) D. 12, 1, 22; D. 13, 6; L. 3, 2; D. 19, 1; L. 3, 3.

uns, wie die Entwickelung dahin strebt, das lebende Recht nicht mehr durch die L.C. vom Einfluss auf das Urteil abhalten zu lassen, sondern den Richter zu veranlassen, seinem Spruche das Bild des in ius deduzierten Rechtsverhältnisses zugrunde zu legen, wie es sich ihm im Momente der Urteilsfällung zeigt.

§ 13.

Das neue Recht.

Der Grundsatz, eine Verurteilung, die den Klageanspruch selbst enthält, auszusprechen, ist nicht erst im deutschen oder gemeinen Recht entstanden, sondern schon ein Produkt der römischen Kaiserzeit. Der Kognitionsprozess nämlich verlässt den Grundsatz der Geldkondemnation und lässt eine solche auf bestimmte Sachen zu.[1]) Der Anspruch in seiner ursprünglichen Form wird hier schon dem siegenden Kläger zuerkannt.[2]) Geldkondemnation bleibt zunächst bestehen bei arbiträren Klagen, wenn dem Arbitratus nicht nachgekommen ist, und bei Klagen auf ein Tun oder Unterlassen.[3]) Seit Diocletian und Maximinian wird es aber die Regel, nicht in Geld zu verurteilen, falls der Anspruch nicht auf Geld geht.

Im deutschen und gemeinen Prozess ging selbstverständlich die Verurteilung immer auf Befriedigung des Anspruches selbst. Prinzipiell ist im gemeinen Prozess, wie im römischen Recht die L.C. massgebend für Erweiterung, Beschränkung, Zahlung von Zinsen, Preisdifferenzen, Ersatz versäumter Früchte, Entschädigung wegen Unterganges oder Verschlechterung des Klagobjekts.[4])

Das Prinzip des modernen Rechtes ist es, wie für die Klagvoraussetzungen, so auch für den Umfang der Ver-

[1]) Siehe Bethmann-Hollweg, Bd. III. S. 293. Wetzell, S. 554. Keller, R.Z.P., § 81, No. 970a.

[2]) I 4, 6, § 32.

[3]) I 4, 6, § 31; D. 39, 1; L. 21, § 4; D. 25, 3; L. 5, § 10; D. 42, 1; L. 5, § 1.

[4]) Wetzell, S. 132.

urteilung das Urteil den massgebenden Zeitpunkt abgeben zu lassen.

Dies ist aber nur so zu verstehen, dass bis zur Entscheidung sich Einflüsse auf den Umfang geltend machen können; es ist also kein früherer Moment als der des Urteils der die Höhe des Anspruches fixierende. Nur insoweit kommt der Moment des Urteils in Betracht und ist daher für den Umfang selbst von geringer Bedeutung. Vielmehr ist für den Umfang die Klagerhebung von allergrösstem Einfluss und dies erklärt sich so: Würde der Kläger im Momente der Klagerhebung befriedigt werden, so würde die Frage, wer die Nachteile einer event. nachträglich eintretenden Wertveränderung des Anspruches zu tragen habe, illusorisch. Nun liegt aber immer zwischen Klagerhebung und Entscheidung ein bedeutender Zeitraum. Kläger erhält, wenn er siegt, die Befriedigung seines Anspruches viel, viel später als er geklagt hat, und diese Zeit kann auf das Recht des Klägers einen nachteiligen Einfluss ausüben. Der Kläger aber, der zu Recht geklagt hat, darf nicht in seinem Recht dadurch benachteiligt werden. Es muss einen Ausgleich geben, der ihn für die durch Verteidigung des Beklagten und Verhandlung entstehenden wirtschaftlichen Verringerungen seines Rechtes entschädigt. Und dies erreicht das Gesetz dadurch, dass mit dem Momente der Rechtshängigkeit der Beklagte all das dem Kläger zu leisten verpflichtet wird, was dem Kläger zukommen würde, wenn sein Anspruch sofort nach Klagerhebung befriedigt worden wäre. Und nicht allein das, der zu Unrecht den Prozess betreibende Beklagte nimmt in bezug auf den Streitgegenstand dem Kläger gegenüber eine gesteigerte Verantwortlichkeit auf sich. Insoweit sich nun aber durch diese veränderte Stellung gesetzlich seine Pflicht zur Leistung verschärft, der Grad seiner diligentia steigt, die Zahl der von ihm jetzt zu vertretenden Umstände zunimmt, insoweit ist der Moment der Klagerhebung von ausschlaggebender Bedeutung. Denn all die Umstände, die auf die Erweiterung des Umfanges

der Verurteilung bestimmend einwirken, treten mit dem Momente der Rechtshängigkeit in Kraft. Die Verschärfung und Erweiterung der Haftung resultiert zumeist aus der Zerstörung des guten Glaubens.

Von der Rechtshängigkeit an muss der Besitzer, der auf Herausgabe einer Sache belangt ist, mit ungünstigem Erfolge rechnen und sich als administrator rei alienae betrachten. Von der Rechtshängigkeit an ist für die Haftung des redlichen und unredlichen Besitzers kein Unterschied.

Was verschuldete Verschlechterung und desgleichen Untergang der Sache anlangt, so hat gut- wie bösgläubiger Besitzer von der Rechtshängigkeit den dem Eigentümer dadurch entstehenden Schaden zu ersetzen, soweit nicht für bösgläubigen Erwerb schon der Moment dieses Erwerbes oder der Erlangung der Kenntnis von der Unrechtmässigkeit des Besitzes massgebend ist. B.G.B. §§ 989, 990.

Die Herausgabepflicht der Nutzungen datiert vom Eintritt der Rechtshängigkeit, § 987. Sie besteht ohne Rücksicht darauf, ob der Eigentümer die Nutzungen auch gezogen hätte. Hat man aber den Besitz unentgeltlich erlangt, und besitzt man als Eigenbesitzer oder „zum Zwecke der Ausübung eines in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechtes an der Sache“, so muss man auch die vor Eintritt der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen herausgeben nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung. Wegen Nichterfüllung der Herausgabepflicht haftet man gemäss §§ 280, 283 B.G.B., also nur, wenn man die Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet hat.

Zu ersetzen sind schuldhaft nicht gezogene Nutzungen vom Momente der Rechtshängigkeit ab. Der Massstab für die Höhe des Ersatzes ist objektiv subjektiv, nämlich eine ordnungsmässige Wirtschaft. Zu ersetzen ist aber nach Planck nur der Wert der Nutzungen, nicht sonstiger durch Nichtziehen entstandener Schäden, es sei denn, dass darin eine Verschlechterung gefunden werden kann. Für den bösgläubigen Erwerber ist hier wieder der massgebende

Zeitpunkt der Erwerb des Besitzes, beziehentlich die Erlangung der Kenntnis.

Hat man aber eine Sache weder unentgeltlich noch durch verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung noch unredlichen Besitz, so haftet man ohne Unterscheidung der Zeit vor und nach der Rechtshängigkeit nur für wirklich gezogene bei einer ordnungsmässigen Wirtschaft nicht als einen Ertrag anzusehende Früchte.

Für Geldschulden entsteht mit der Rechtshängigkeit insofern eine Erweiterung des Umfanges der Verurteilung, als nach § 291 B.G.B. von ihrem Eintritt ab gesetzliche, d. h. 4% Zinsen gefordert werden können. Ihre Höhe bemisst sich natürlich nach dem Moment des Urteils.

§ 14.

Die Kosten.[1])

Der Grundsatz, dass Tatsachen, die in den Lauf eines Rechtsstreites fallen, und mit ihnen die ganze zur Zeit der Urteilsfällung vorhandene materielle Rechtslage entscheidend sein soll, ob und inwieweit dem klägerischen Antrage stattzugeben ist, ist insofern gerechtfertigt, als dadurch sich eine auf die Gegenwart beziehende, sozusagen eine zeitgemässe Feststellung der bestehenden Rechtsverhältnisse erfolgt.

Das nach Klagerhebung eintretende Begründet- oder Unbegründetsein des Klageanspruches kann jedoch eine Entscheidung zur Folge haben, die ungünstig ist gerade für die Partei, welche bis dahin mit vollem Recht in dem Prozess stand, d. h. für den Kläger, der mit gutem Rechte klagte, beziehentlich für den Beklagten, der mit gutem Rechte bestritt.

Hier schafft die Kostenentscheidung einen Ausgleich. Während der Umfang der Verurteilung im allgemeinen vom klägerischen Antrage abhängig ist, ist die Verurteilung in die Gerichtskosten auch ohne klägerischen Antrag vom

[1]) Siehe Hellwig, § 51.

Gericht auszusprechen. Für die Beantwortung der Frage, welche der Parteien zu den Kosten des Rechtsstreites zu verurteilen ist, geht man in Fällen wie den erwähnten auf den Zeitpunkt der Klagerhebung zurück und prüft weniger, ob das Vorbringen der betreffenden Partei zu jener Zeit begründet war, als vielmehr, ob es eine gerechte Veranlassung hatte.

Hatte der Kläger zwar einen rechtlichen Grund zur Klage, aber keine ihm vom Beklagten gebotene Veranlassung, so wird er zur Tragung der Kosten verurteilt, vorausgesetzt, dass der Beklagte unverzüglich den Anspruch anerkennt[1]) und diesem Anerkenntnis gemäss in der Hauptsache verurteilt wird. Z.P.O. § 93.

Lag dagegen für die Klage sowohl ein rechtlicher Grund wie ein äusserer Anlass vor und wird bei der nachträglich eingetretenen materiellen Unbegründetheit (z. B. infolge erfolgter Zahlung der Schuld, zufälligen Unterganges der vom b. f. possessor eingeklagten Sache usw.) nunmehr das Unbegründetsein vom Kläger sogleich anerkannt, d. h. wird der Klageantrag den Umständen entsprechend geändert (z. B. die Klage in der Hauptsache für erledigt zu erklären), so ist der Beklagte zur Kostentragung zu verurteilen. Eine natürliche Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Wegfall des Klagrechtes vom Kläger in keiner Weise verschuldet ist und dass er auch keine auf den Zeitpunkt der Klagerhebung zurückwirkende Kraft hat. Letzteres wäre der Fall, wenn der Beklagte eine Anfechtung oder eine Aufrechnung im Laufe des Prozesses geltend macht, die schon zur Zeit der Klagerhebung möglich war und mit der der Kläger also damals zu rechnen hatte.

Für den Beklagten gilt das Analoge: war die Klage bei der ersten mündlichen Verhandlung noch unbegründet und wurde gerade aus dem Mangel dieses speziellen

[1]) Diesem Anerkenntnis muss aber auch die Befriedigung folgen.

Grundes vom Beklagten der Anspruch des Klägers bestritten, so trägt der Kläger die Kosten, wenn sein Anspruch erst im Laufe des Prozesses begründet und nunmehr unverzüglich vom Beklagten anerkannt wird. Auch wenn die Klage zur Zeit ihrer Erhebung schon begründet war, das Bestreiten des Beklagten aber erfolgte, weil der Kläger seine Aktivlegitimation nicht genügend nachgewiesen hatte, fallen letzterem die Kosten so weit zur Last, als sie durch das anfängliche Bestreiten des Beklagten entstanden sind. § 94 Z.P.O. Es ist also hier massgebend das erkennbare Begründetsein und von diesem Moment der Erkenntnis ab ist zu prüfen, ob der Beklagte durch sofortiges Anerkenntnis die Kostenlast abwälzt oder durch ferneres Bestreiten eine Verurteilung zur Kostenlast herbeiführt.

Für den Umfang der Kostenlast im Falle einer Kostenverteilung sind im Sinne des § 92 Z.P.O. prinzipiell der Augenblick der Urteilsfällung und die rein äussere Frage massgebend, inwieweit den Anträgen der Parteien stattgegeben ist oder nicht. Beantragt der Kläger pure Verurteilung des Verklagten, letzterer dagegen eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, so trägt Klager die Kostenlast, wenn dem Antrage des Beklagten stattgegeben wird; beantragt der Beklagte dagegen gänzliche Abweisung und es wird auf Leistungspflicht Zug um Zug erkannt, so muss eine Kostenteilung stattfinden. In diesem Sinne ist für den Umfang einer Verurteilung zur Kostentragung die Fassung der für die letzte mündliche Verhandlung massgebenden Parteianträge massgebend, allerdings mit der Modifikation, dass früher gestellte unbegründete Anträge, insoweit als durch sie besondere Kosten verursacht sind, späterhin eine für den betreffenden Antragsteller ungünstige Kostenverteilung zur Folge haben.

Bei der Frage nach den Voraussetzungen und dem Umfange der Kostenverteilung kann man also nicht immer einen festen Zeitpunkt als den massgebenden hinstellen, sondern muss im einzelnen für den ganzen Gang des

Prozesses prüfen, ob die betreffende Partei die Kostenentstehung durch ein wirkliches Rechtsschutzbedürfnis oder ob sie dieselbe durch Nachlässigkeit (z. B. Versäumung von Terminen, verspätetes Vorbringen) oder durch Stellung von Anträgen veranlasst hat, für die zur Zeit sowohl ein materieller Grund als auch ein äusserer Anlass fehlten, doch ist dieser wichtige Satz immer mit dem Prinzip in Verbindung zu bringen, dass die Partei, die im Augenblick der Sentenz Unrecht hat, auch zur Kostentragung zu verurteilen ist.

Litteratur-Verzeichnis.

1. Archiv für zivilistische Praxis.
2. Arndts: Pandekten, 8. Aufl., 1874.
3. Bähr: Urteile des Reichsgerichts, 1835.
4. Bayer: Gemeiner Zivilprozess, 1835.
5. Bekker: Actionen des R.Pr.R., 1871.
6. Bethmann-Hollweg: Röm. Zizilprozess, 1884.
7. Buchka: Einfluss des Rechtsverhältnisses auf den Prozess, 1846.
8. Bülow: Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten. Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 62 S. 180.
9. Corpus iuris civilis.
10. Dernburg: Pandekten, 7. Aufl., 1902.
11. — Preuss. Priv.-Recht, 5. Aufl., 1894.
12. Engelmann: Der deutsche Zivilprozess, 1901.
13. Entscheidungen des Reichsgerichts.
14. Fischer: Zur Litteratur des Zivilprozesses. Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 70 S. 320 ff.
15. — Problem der Identität und Neuheit, 1892.
16. — Recht und Rechtsschutz, 1889, in „Bekker u. Fischer".
17. Fischer-Henle: B.G.B., 5. Aufl.
18. Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht, 6. Aufl., 1892.
19. Gaii: Institutiones ed., von Krüger u. Studemund, 1884.
20. Gaupp-Stein: Kommentar zur Z.P.O., 5. Aufl., 1901.
21. Girard: Manuel élémentaire du droit Romain.
22. Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
23. Hellwig: Anspruch und Klagrecht, 1902.
24. — Vertrag zugunsten Dritter, 1899.
25. Hölder: Über Litis Contestation, 1903.
26. Juristische Wochenschrift.
27. Karlowa: Der röm. Zivilprozess z. Z. d. Legisactionen, 1872.
28. Keller: Urteil und Litis Contestation, 1872.
29. — Der römische Zivilprozess, 1876.
30. Kiefe: Klagänderung, 1898, Stuttgart.
31. Lenel: Edictum perpetuum, 1883.
32. Leonhard, Franz: Aufrechnung, 1896.

33. v. Liebermann: Der Einfluss der Existenz des kläg. Rechts zur Zeit der Litis Contestation auf das Urteil, Berlin 1886.
34. Lux: Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft, München 1906.
35. Motive zum Entwurf eines B.G.B.
36. J. W. Planck: Beweisurteil, 1848.
37. — Kommentar zum B.G.B., 1. u. 2. Aufl., 1901.
38. Regelsberger: Pandekten, 1893.
39. Rümelin: Klageänderung und Rechtskraft. Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 88 S. 87 f.
40. Savigny: System des heutigen römischen Rechts, 1847.
41. — Zeitschrift, Bd. 27, 24 etc.
42. Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte.
43. — Kommentar zur Z.P.O.
44. Sintenis: Erläuterungen über verschiedene Lehren des Zivilprozesses I.
45. Stampe: Kompensationsverf., 1868.
46. Schlossmann: Litis Condestation, 1905.
47. Schmid: Über den Zeitpunkt, auf den bei Abfassung eines Erkenntnisses zu sehen ist. Arch f. ziv. Pr., 30. Bd. S. 202 ff.
48. Schmidt, R.: Klageänderung, Leipzig 1888.
49. Schott: Gewähren des Rechtsschutzes im Röm. l. Pr., Fischer 1903.
50. — Röm. C. Pr. u. mod. Prozesswissenschaft, München 1904.
51. Struckmann u. Koch: Z.P.O., 7. Aufl., 1900.
52. Vangerow: Pandekten, 7. Aufl., 1873.
53. Wach: Zur Lehre vom Klagegrund. Gruch., 33. Bd. S. 1 ff.
54. — Vorträge über die Reichs-Z.P.O., Bonn 1896.
55. — Handbuch des Zivilprozesses I, 1885.
56. Wächter: Erörterungen aus römischem, deutschem und württembergischem Recht, 1845.
57. Wenger: Papyrusstudien, 1902.
58. Wetzell: System des gem. Zivilprozesses, 3. Aufl., 1878.
59. Wilmowsky-Levy: Kommentar zur Z.P.O., 7. Aufl.
60. Windscheid: Pandekten, 8. Aufl., 1900.
61. — Die actio des römischen Rechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, 1856.
62. Wlassak: Die Litis Contestation im Formularproz., 1888.
63. — Römische Prozessgesetze, I. Abt., 1888.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erster Teil.

Nachträglicher Wegfall von Klagevoraussetzungen.

§ 2. Der ursprüngliche Standpunkt des römischen Rechts . 3
§ 3. Der Formularprozess 10
§ 4. Die Entwickelung 15
§ 5. Das geltende Recht 19
§ 6. Ausnahmen vom Prinzip 22

Zweiter Teil.

Wie ist der Fall zu behandeln, wenn Verurteilungsvoraussetzungen nachträglich eintreten?

§ 7. Das römische Recht 24
§ 8. Geschichtl. Entwickelung und Grundsatz des modernen Rechts 27
§ 9. Der Einfluss des Verbots der Klageänderung 30
§ 10. Verbot des Eintritts des Rechtsnachfolgers 37

Dritter Teil.

Der Umfang der Verurteilung.

§ 11. Das römische Recht 43
§ 12. Die Weiterentwickelung 50
§ 13. Das neue Recht 53
§ 14. Die Kosten 56

Lebenslauf.

Am 17. August 1882 bin ich, Herbert Louis Franck, evangelischer Religion, zu Breslau als preussischer Staatsangehöriger geboren. Meinen ersten Gymnasialunterricht hatte ich in einer Dorfpfarre bei Leipzig, besuchte dann das Progymnasium der Fürstenschule zu Grimma und kam im Jahre 1895 in das Gymnasium zum heiligen Kreuz zu Dresden, wo ich 1901 die Reifeprüfung bestand. Ich widmete mich darauf juristischen Studien an den Universitäten Freiburg i. B., Lausanne, München, Berlin, Leipzig, Breslau und hörte Vorlesungen bei den Herren:

Binding, Birkmeyer, Brentano, Brunner, Eisele, Engelmann, Erman, Fischer, Gareis, Giercke, Gretener, Grueber, Harnack, v. Hegel, Hedemann, Herzen, Heilborn, Kipp, Kohler, v. Liszt, v. Mayer, Mitteis, Niceforo, Pareto, Rümelin, Schmidt, Schmoller, v. Schultze-Gaewernitz, Seuffert, Sohm, Strohal, Wach, Wagner.

Am 13. November 1905 bestand ich die erste juristische Prüfung am Oberlandesgericht Breslau, einige Tage darauf das rigorosum an der Universität Breslau. Ich war bisher als Referendar an dem Amtsgericht Wohlau und den Landgerichten Öls und Brieg beschäftigt.

Ich benutze noch die Gelegenheit, hier Herrn Geheimrat Fischer für die reiche Anregung und die liebenswürdige Anteilnahme bei Entstehung der Arbeit, sowie Herrn Geheimrat Leonhard für die gütige Übernahme des Korreferates meinen Dank auszusprechen.

Breslau, im August 1907.